

Aldersdiskriminering i ansettelsesfasen



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 682

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 820 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	Om oppgaven.	1
1.2	Statistisk grunnlag for emnet.	5
1.3	Videre fremstilling.	6
<u>2</u>	<u>DISKRIMINERING.</u>	<u>8</u>
2.1	Hva er diskriminering?	8
2.2	Er det forskjell på forskjellsbehandling og diskriminering?	10
2.3	Hva er direkte diskriminering?	10
2.4	Hva er indirekte diskriminering?	11
2.5	Aldersdiskriminering.	12
2.5.1	Stereotypisering.	13
2.5.2	Sammenlikningsperson.	14
2.6	Hva kjennetegner aldersdiskriminering i ansettelsesfasen?	16
2.7	Styringsrettens rolle i ansettelsesprosessen.	18
<u>3</u>	<u>FORANKRINGEN AV ALDERSDISKRIMINERINGSFORBUDET I NORSK RETT.</u>	<u>20</u>
3.1	Nasjonale bestemmelser.	20
3.1.1	Grunnloven.	20
3.1.2	Arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern.	22
3.2	Internasjonal retts innflytelse på diskrimineringsvernet.	22
<u>4</u>	<u>DISKRIMINERINGSFORBUDETS FORANKRING I EUROPEISK RETT.</u>	<u>26</u>

4.1	Mer om rammedirektivet 2000/78/EF.	27
4.2	Direktivets rettskildevækt i norsk rett.	27
<u>5</u>	<u>DISKRIMINERINGSFORBUDETS UNNTAK.</u>	<u>34</u>
5.1	Unntaksadgangen etter arbeidsmiljøloven.	34
5.2	Samlet vurdering av hva domstolene hensyntar ved rettferdighetsvurderingen.	40
<u>6</u>	<u>BEVISKRAV OG PROSESSRETTLIGE PROBLEMSTILLINGER.</u>	<u>43</u>
6.1	Delt bevisbyrde.	43
<u>7</u>	<u>LIKESTILLINGS OG DISKRIMINERINGS-NEMNDA OG OMBUDET.</u>	<u>47</u>
<u>8</u>	<u>ALDERSGRENSERS BETYDNING FOR DISKRIMINERING I ANSETTELSESFASEN.</u>	<u>50</u>
8.1	Fremtidig utvikling.	54
<u>9</u>	<u>POSITIV DISKRIMINERING AV ELDRE ARBEIDSSØKERE.</u>	<u>57</u>
9.1	Retten til redusert arbeidstid for de over 62 år.	57
9.2	Tilrettelegging.	58
9.3	Oppsigelsestid.	58
9.4	Ferie.	59
<u>10</u>	<u>KLAGEBASERT VERN.</u>	<u>60</u>
<u>11</u>	<u>AKTIVITETSPLIKT OG VEIEN VIDERE.</u>	<u>63</u>
<u>12</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>1</u>
12.1	Litteratur.	1

12.2	Lover.	3
12.3	Forarbeider.	2
12.4	Domstolsavgjørelser.	4
12.4.1	Likestillings- og diskrimineringsnemnda.	4
12.4.2	Likestillings- og diskrimineringsombudet.	5
12.5	EU-domstolen.	5
12.6	EMD-domstolen.	6
12.7	Internasjonale konvensjoner og direktiver.	6
12.8	Nettsteder.	6
12.9	Rapporter.	7

1 Innledning.

1.1 Om oppgaven.

Temaet for denne avhandlingen er aldersdiskriminering i ansettelsesfasen av arbeidslivet. Vernet mot diskriminering på bakgrunn av alder er lovfestet i arbeidsmiljøloven(aml) av 2005 i kapittel 13 om “*Vern mot diskriminering*”. Etter § 13-1 er både direkte og indirekte diskriminering på bakgrunn av alder forbudt. Aldersdiskrimineringsvernet må kunne regnes som et relativt nytt område i norsk rett¹ som ble introdusert gjennom rammedirektivet² 2000/78/EF, som er vedtatt med hjemmel i artikkel 13 i Amsterdamtraktaten. Ettersom Norge har forpliktet seg politisk til å innføre regler på høyde med diskrimineringsvernet i Den Europeiske Union (EU)³, er norske jurister og arbeidsgivere nå nødt til å forholde seg til de grenser aldersdiskrimineringsforbudet oppstiller.⁴

Aldersdiskriminering kan skje i forbindelse med ansettelse, i løpet av arbeidsforholdets løp og i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet.⁵ Etter at aldersdiskrimineringsforbudet ble innført har fokuset i stor grad vært rettet mot aldersdiskriminering i sluttfasen av arbeidslivet. Det har blant annet vært reist flere rettssaker der spørsmål om aldersgrenser ved arbeidslivets slutt har blitt behandlet.⁶ Et av formålene til denne avhandlingen er å vise at

¹ I arbeidsmiljøloven fra 1977 ble forbudet mot aldersdiskriminering innført med virkning fra 1.mai 2004 og i sjømannsloven med virkning fra 1.juli 2007. (Se sjømannsloven 1975 nr. 18 § 33 flg.)

² Direktivet er omtalt som rammedirektivet blant annet i NOU 2003:2,overskrift 3.

³ Ot.prp. nr. 1(2003-2004) kap 2.

⁴ Blant annet oppstiller aml § 13-3 en slik grense.

⁵ Evju, Stein, notat.

⁶ Rt-2010-944(kjennelse), Rt-2010-202, LB 09-165616,LB 2010-99479,TSTAV 2005-75777, HR-2011-1291.

aldersdiskriminering er en aktuell problemstilling også i begynnerfasen av et arbeidsforhold.

Et eksempel som illustrerer hvordan en person kan bli diskriminert på grunn av sin alder i ansettelsesfasen kan vi hente fra en dom avsagt av Nordmøre tingsrett⁷ 18 november 2010.⁸ I saken møter vi 61 år gamle Lars Valderhaug som ikke ble innkalt til intervju hos NAV⁹ da de søkte etter en førstekonsulent i avdelingen for trygd/ arbeid. Sosionomen Valderhaug hadde 19 års arbeidserfaring innen trygdesystemet og hadde blant annet vært helse og sosialsjef i ni år. Til tross for at han etter rettens mening var blant de best kvalifiserte søkerne, ble han ikke innkalt til intervju.

NAV la på bakgrunn av Valderhaugs alder uten videre undersøkelser til grunn at han ikke var oppdatert på sitt fagområde. NAV trakk med andre ord sin konklusjon basert på stereotypiske holdninger, uten å foreta en individuell evaluering av Valderhaugs egenskaper.

NAV ble dømt til å betale Valderhaug erstatning. Dette er den første saken hvor staten dømmes for aldersdiskriminering.

EU-domstolen avsa nylig en sak som omhandlet øvre aldersgrenser.¹⁰ I en delstat i Tyskland hadde de fastsatt en øvre aldersgrense på 30 år for ansettelse i utrykningstjenesten i yrkesbrannkorps. Spørsmålet var om denne grensen var aldersdiskriminerende etter forbudet mot aldersdiskriminering i direktiv 2000/78/EF. Saksøker i denne saken fikk, i likhet med Valderhaug i saken nevnt ovenfor, ikke mulighet til å komme til intervju og presentere seg.

⁷ Siden dette er en tingretts dom vil den ikke veie særlig tungt. Saken illustrerer likevel problemstillingen.

⁸ Sak 10-074918TVI-NOMO.

⁹ NAV er en samlet betegnelse for Arbeids og velferdsetaten.

¹⁰ Sak C-229/08, Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main.

Det er flere grunner til at jeg har valgt å skrive om aldersdiskriminering i ansettelsesfasen. Dette er et emne som ikke er rettslig klarlagt enda. Vernet mot diskriminering på bakgrunn av alder er et relativt nytt fenomen i norsk rett og har derfor ikke oppnådd samme anerkjennelse og utvikling som andre diskrimineringsgrunnlag.¹¹

Hva angår de eldre arbeidssøkerne har ansettelsesdiskriminering blitt enda mer aktuelt etter at den nye pensjonsreformen trådte i kraft 1 januar 2011. Etter de nye pensjonsreglene er det mulig for en arbeidstaker å opptjene pensjonspoeng til han er 75 år.¹² Dermed øker sannsynligheten for at flere eldre vil ta seg bryet med å bytte jobb. Selv om man er fylt 50 år kan man etter den nye reformen likevel ha mange år i arbeidslivet fremfor seg. Det er derfor sannsynlig at reformen vil føre til at flere eldre vil gjøre seg gjeldende i søkermassene. Tidligere manglende søking fra eldre kan bidra til at arbeidsgiverne vil være skeptiske til den potensielt nye trenden med flere eldre søkere. Det er et paradoks om man kan stå i arbeid til man er 75, dersom man på bakgrunn av sin alder reelt sett ikke blir regnet som en potensiell arbeidstaker i en søknadsprosess. Dette paradokset vil stride mot et av pensjonsreformens hovedformål: å stimulere folk til å stå lenger i arbeid.¹³

Det er grunn til å tro at eldre arbeidssøkende i stadig mindre grad vil akseptere å bli diskriminert på grunn av sin alder. Samfunnet har blitt mer individualistisk og høyere avgangsalder øker mulighetene for `ny vår` og selvrealisering

¹¹ Som kjønn og rase. (lovfestet i likestillingsloven § 3, diskrimineringsloven § 4)

¹² [http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform/no/sporsmal-og-svar.html?id=86829#02\(07.04.11\)](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform/no/sporsmal-og-svar.html?id=86829#02(07.04.11))

¹³ Blant de andre formålene til pensjonsreformen kan nevnes at reformen skal sikre et pensjonssystem det er mulig å betale for i fremtiden. En av hovedårsakene bak pensjonsreformen har vært den fremtidige eldrebølgen med økende andel eldre med krav på pensjon i forhold til yrkesaktive. Reformen skal også gi muligheter til å kombinere arbeid og pensjon fritt uten avkortning av pensjonen. Opplysninger fra Arbeidsdepartementet:

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform.html?id=86731\(07.04.11\)](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform.html?id=86731(07.04.11))

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform/no/sporsmal-og-svar.html?id=86829#02\(04.10.11\)](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform/no/sporsmal-og-svar.html?id=86829#02(04.10.11))

gjennom jobben selv i høy alder. Dagens eldre er gjennomgående bedre fysisk utrustet enn eldre generasjoner har vært. Jobbene er for det meste også mindre fysisk krevende enn før. Dessuten er det en stadig større andel eldre som jobber. Beregninger viser at Norge ligger på topp i Europa når det kommer til yrkesdeltakelse blant eldre.¹⁴

En av hovedårsakene til at man ønsker at de eldre skal stå lenger i arbeid er for å begrense `velferdsfellen` i størst mulig grad.¹⁵ Dersom eldre arbeidstakere har mulighet til å søke seg til de jobbene de vil, er sannsynligheten større for at de blir lenger i arbeidslivet. Økes pensjonsalderen med ett år for alle, vil Norge tilføres 45 000 flere årsverk. Beregninger fra ECON viser at samfunnsgevinsten i så fall vil være på mellom 17-20 milliarder per år.¹⁶ Forbudet mot aldersdiskriminering i ansettelsesfasen tjener med andre ord ikke bare individualistiske, men også samfunnsmessige formål.

Jeg vil i denne avhandlingen for det meste rette fokuset mot aldersdiskriminering av eldre arbeidstakere, ettersom mye tyder på at de i større grad enn yngre står i fare for å oppleve diskriminering ved ansettelse.¹⁷ Det er likevel viktig å understreke at problemet har flere sider og at alder i begge ender av skalaen kan forårsake diskriminering.¹⁸ Det foreligger som sagt lite rettspraksis om aldersdiskriminering ved ansettelser. Omfanget av

¹⁴ EUs offisielle statistikk over arbeidsmarkedet(Eurostat), publisert april 2011. 68,70 % av alle i aldersgruppen 52-64 år er i jobb.

¹⁵ Politiske ønsker fremgår av Stortingsmelding nr. 6 om seniorpolitikk (2006-2007) pkt. 1 flg. Med velferdsfellen menes at statens utgifter blir større enn inntektene som en følge av tre "bølger". Eldrebølgen fører til økte ressurser til pensjoner/pleie/omsorg, trygdebølgen fører til økte ressurser til folk utenfor arbeidslivet og migrasjonsbølgen fører til press på velferdsordninger dersom utlendinger ikke får jobb. <http://konferanse.nho.no/wp-content/uploads/2011/01/velferdsfellen8.pdf>(09.04.11)

¹⁶ Beregninger fra Econ i tilknytning til Avtalen om inkluderende arbeidsliv, ECON.no. avansert søk:pensjoneringsalder. Fil N-2009-020: samfunnsøkonomisk gevinst ved økt pensjoneringsalder.pdf

¹⁷ [http://ssp.meatdigital.no/blogg/45-aar-og-allerede-gaatt-ut-paa-dato-\(19.04.11\)](http://ssp.meatdigital.no/blogg/45-aar-og-allerede-gaatt-ut-paa-dato-(19.04.11))

¹⁸ Sak C-88/08, David Hütter v Technische Universität Graz og Sak C-555/07 Seda Küçükdeveci. v. Swedex GmbH & Co. KG. er begge avgjørelser fra EU-domstolen som tar for seg diskriminering av unge arbeidstakere.

nemndspraksis om diskriminering i ansettelsesprosessen tyder likevel på at det er et reelt problem, som til nå i liten grad har nådd frem til rettsapparatet. Noe av grunnen til at det har vært anlagt få rettsaker i Norge om ansettelsesdiskriminering kan være at også EU- domstolen i liten grad har behandlet saker der eldre har blitt diskriminert ved ansettelse.¹⁹ Terskelen for å gå til domstolene med til nå ubehandlede, ukjente problemstillinger knyttet til diskriminering i ansettelsesfasen er nok høy. I motsetning er det lettere å gå til sak om problemstillinger knyttet til aldersdiskriminering i sluttfasen av arbeidslivet, ettersom dette er et emne som i større grad har blitt behandlet.²⁰

1.2 Statistisk grunnlag for emnet.

For å vise at diskriminering i ansettelsesfasen i høyeste grad har vært og er et reelt problem vil jeg vise til noe av den statistikken som er utarbeidet på området.

Statistikk fra en MMI- undersøkelse fra 2002 viser at fire prosent av yrkesaktive som jobbet på heltid hadde opplevd “ *å ikke bli ansatt, forbigått eller liknende*” på grunn av alder.²¹ Denne undersøkelsen omhandlet aldersdiskriminering generelt. Blant de eldste yrkesaktive, de over 60 år, var det 13 prosent som hadde opplevd diskriminering på grunn av alder.

I seniorpolitisk barometer er det i perioden 2003- 2006 gjennomsnittlig 21 prosent av de spurte som svarer at de “*har opplevd at det svært ofte, ofte eller av og til*” forekommer diskriminering i arbeidslivet på grunn av alder.²² Den formen for aldersdiskriminering som oppfattes å forekomme oftest er at yngre

¹⁹ Med unntak av Sak C-229/08, Colin Wolf.

²⁰ Høyesterett vedtok nylig enstemmig at en bedriftsintern aldersgrense på 67 år ikke er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet, jf. HR-2011-1291. Om samme problemstilling: Rt-2010-944, LB-2010-99486, LB-2009-165616, LG-2009-41184, TSTAV-2005-75777.

²¹ Helle og Dalen, 2000; NOU 2003:2, punkt 6.3.

²² Helle og Dalen, 2002; NOU 2003:2, punkt 6.3.

blir foretrukket når ny teknologi eller nye arbeidsmåter skal innføres. 52 prosent av de spurte hadde opplevd en slik diskriminering.²³

En undersøkelse fra 2006 foretatt av MMI for senter for seniorpolitikk tyder på at alder er et tema spesielt i ansettelsesprosessen.²⁴ I samme retning peker en svensk undersøkelse som viser at en 30-åring har tre ganger så stor sjanse til å bli ansatt som en 45-åring.²⁵

Av den årlige undersøkelsen av arbeidslivet gjort av seniorpolitikk i 2010 går det frem at 59 % av nåværende yrkesaktive i undersøkelsen kunne tenke seg å fortsette i arbeid også etter de har fått rett til pensjon.²⁶ Andelen er klart høyere nå enn tidligere. Det har vært en jevn stigning fra 38 % i 2006 til 54 % i dag. Det er spesielt viktig å merke seg at hele 75 % av arbeidstakerne over 60 år svarer ja til å fortsette i arbeid. 24 % svarer at de har opplevd aldersdiskriminering på arbeidsplassen.

Av statistikken er det tydelig at det er et betydelig potensial for arbeidslivet i å legge til rette for at de eldre kan fortsette i arbeid.

Statistikken taler for seg selv. Aldersdiskriminering er et reelt problem i både offentlig og privat sektor. Dette gjelder også ansettelsesdiskriminering, som nå skal behandles rettslig.

1.3 Videre fremstilling.

I det følgende blir noen generelle betraktninger knyttet til diskrimineringsvernet gjennomgått, før det tas nærmere stilling til alder som barriere for videre deltakelse i ansettelsesprosessen. Siden det foreligger få rettsavgjørelser

²³ Helle og Dalen, 2002; NOU 2003:2, punkt 6.3.

²⁴ Aarvold, Rita Helen, 2006, [http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Holdninger%20til%20eldre%20arbeidss%C3%B8kere%20i%20ansettelsesprosessen,%20MMI%202006.pdf\(07.04.11\)](http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Holdninger%20til%20eldre%20arbeidss%C3%B8kere%20i%20ansettelsesprosessen,%20MMI%202006.pdf(07.04.11))

²⁵ [http://ssp.meatdigital.no/blogg/45-aar-og-allerede-gaatt-ut-paa-dato-\(19.04.11\)](http://ssp.meatdigital.no/blogg/45-aar-og-allerede-gaatt-ut-paa-dato-(19.04.11))

²⁶ [http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-2010%20NSPB.pdf\(07.04.11\)](http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-2010%20NSPB.pdf(07.04.11))

vedrørende aldersdiskriminering i ansettelsesfasen,²⁷ blir det nødvendig å behandle praksis knyttet til aldersdiskriminering i slutfasen av arbeidslivet. Ettersom både diskrimineringsgrunnlaget og unntaksadgangen er den samme, vil domstolene etter all sannsynlighet også vektlegge de samme hensynene ved diskriminering i ansettelsesfasen av arbeidslivet som i slutfasen.²⁸ På denne måten blir hensynet til forutberegnelighet og behovet for enhet og sammenheng i regelverket best ivaretatt.

²⁷ Med unntak av EU-avgjørelsen Sak C-229/08, Colin Wolf og Sak 10-074918TVI-NOMO.(Nevnt i note 8)

²⁸ Aml § 13-2 forbyr aldersdiskriminering både ved ansettelse og ved opphør av arbeidsforholdet, unntaksadgangen etter § 13-3 er den samme både ved ansettelse og opphør.

2 Diskriminering.

2.1 Hva er diskriminering?

Å diskriminere er å oppfatte og reagere på forskjeller på en usaklig måte.²⁹

I løpet av de siste tiårene har diskrimineringsvernet blitt vesentlig utbygget, nye diskrimineringsgrunnlag har kommet til og diskrimineringsvernet har gjort seg gjeldende på stadig flere samfunnsområder.³⁰ En grunnleggende ide bak diskrimineringsvernet er at vi alle skal ha like muligheter uavhengig av alder, kjønn og rase mv.³¹ Diskrimineringsvernet anses som en menneskerettighet og er lovfestet i en rekke konvensjoner.³² Diskriminering på bakgrunn av alder i ansettelsesfasen kan forekomme i form av direkte og indirekte diskriminering. Ettersom diskrimineringsvernet er av fragmentarisk karakter, kan en arbeidssøkende finne støtte i ulike lover og lovbestemmelser.³³ Diskrimineringsgrunnlaget er avgjørende for hvilken lov som skal brukes.³⁴ Dersom man blir utsatt for kjønnsdiskriminering er det for eksempel likestillingsloven som vil være den mest sentrale loven.

De ulike lovene på diskrimineringsområdet gjelder i stor grad samme problematikk. Det foreligger mange likhetstrekk.³⁵ Samtidig foreligger det gjerne særtrekk ved hvert enkelt grunnlag som gjør at det kan være hensiktsmessig

²⁹ Diskriminering er definert på ulike måter i ulike konvensjoner. Eksempler fremgår i Høstmælingen, 2004, side 133 flg. Likevel er innholdet i bestemmelsene hovedsakelig det samme, se for eksempel Rasediskrimineringskonvensjonen art.1(1), Kvinnediskrimineringskonvensjonen art.1, ILO-konvensjonen nr.111 art.1(1). Konvensjonen for Sivile og Politiske rettigheter (SP) art. 26 er noe ulikt formulert da den ikke definerer diskriminering like bokstavelig.

³⁰ Jakhelln, 2006, side 64 flg.

³¹ Likevel er det i Norden bare Finland som har et grunnlovsfestet vern mot aldersdiskriminering, se den finske Grunnloven § 6. Også i Norge har det vært diskusjoner om å grunnlovfeste aldersdiskrimineringsvernet; f.eks. NOU 2009:14, kap. 25.

³² Se note 29.

³³ Arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern dekker bare arbeidslivets område.

³⁴ Strand, 2007, side 138.

³⁵ Jakhelln, 2006, side 68.

med særskilt regulering.³⁶ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttrykkes det at aldersdiskriminering på mange måter har en særstilling.³⁷ I forslag til ny diskrimineringslov gjentas det at aldersdiskriminering skiller seg fra andre diskrimineringsgrunnlag.³⁸ Diskrimineringslovutvalget uttrykker at forskjellsbehandling på grunn av alder oftere vil være saklig enn for de øvrige grunnlagene.³⁹ Utvalget mener det er behov for et vern mot aldersdiskriminering også utenfor arbeidslivet, men at det ikke er hensiktsmessig med et bredt forbud når forskjellsbehandling på grunn av alder i svært mange tilfeller bør aksepteres.⁴⁰ Det påstås også at det er vanskeligere å fastslå hva som er saklig forskjellsbehandling ved alder enn ved andre diskrimineringsgrunnlag.⁴¹ Vernet mot aldersdiskriminering må likevel ses i sammenheng med de andre diskrimineringsgrunnlagene.⁴² Det kan gjerne trekkes linjer til praksis rundt reglene om diskriminering på grunn av kjønn, fordi disse reglene har vært gjennom størst utvikling og er de mest gjennomarbeidede.⁴³ Praksisen vil dermed ha en viss overføringsverdi.⁴⁴

³⁶ Strand, 2007, side 133.

³⁷ Innst.O.nr.52 (2003-2004) punkt 5.6.1.3, NOU 2009:14, pkt. 16.6.4. I punkt 2.5 står det mer om hva som særtegnert aldersdiskriminering.

³⁸ NOU 2009:14.

³⁹ NOU 2009:14, pkt. 16.6.4.

⁴⁰ NOU 2009:14, pkt. 16.6.4.

⁴¹ NOU 2009:14, pkt. 16.6.4.

⁴² Jakhelln, 2006, side 68.

⁴³ Et eksempel er der Stavanger tingrett i saken TSTAV-2005-75777 under punkt D i dommen, (Statoilsaken-som omhandlet aldersdiskriminering) trekker inn praksis fra EU-domstolen(Sak 170/84-Bilka-saken) om kjønnsdiskriminering. Retten nevnte blant annet at de samme hensyn og krav om objektive grunner vil gjøre seg gjeldende for aldersdiskriminering.

⁴⁴ Strand, 2007, side 134, punkt 2 og side 137.

2.2 Er det forskjell på forskjellsbehandling og diskriminering?

Forskjellsbehandling og diskriminering brukes om hverandre i dagligtalen. Det er som regel ikke nevneverdig forskjell på de to betegnelsesmåtene.⁴⁵

Forskjellsbehandling oppfattes gjerne likevel som et mer nøytralt begrep som gjerne brukes som betegnelse på diskriminering som ikke er ulovlig.⁴⁶

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å nå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende vil i enkelte tilfeller være lovlig.⁴⁷ Et eksempel på lovlig diskriminering er positiv forskjellsbehandling,⁴⁸ for eksempel har alle arbeidstakere over en viss alder rett på en ekstra ferieuke etter ferieloven.⁴⁹

2.3 Hva er direkte diskriminering?

Selv om både indirekte og direkte diskriminering er forbudt etter arbeidsmiljøloven, inneholder ikke loven en definisjon av disse to typene diskrimineringshandlinger.⁵⁰ Tidligere var indirekte og direkte diskriminering definert i arbeidsmiljøloven. Etter lovendringen i 2005 er disse definisjonene fjernet siden de “*i liten grad var egnet til å klargjøre*”.⁵¹ Etter lovforarbeidene skal de samme definisjonene som tidligere legges til grunn.⁵²

Ved direkte diskriminering blir en person på bakgrunn av et diskrimineringsgrunnlag behandlet dårligere enn en annen person blir eller ville

⁴⁵ Forklaring av begrepene i NOU 2009:14, punkt 3.2,3.2.1,3.2.2.

⁴⁶ Strand, 2007, side 140.

⁴⁷ NOU 2009:14 3.2.2, dette følger også av unntaksregelen i aml § 13-3.

⁴⁸ NOU 2009:14 3.2.8

⁴⁹ Ferieloven § 5(2).

⁵⁰ EF-direktivet 2000/78 art 2a har definisjoner på indirekte og direkte diskriminering som i stor grad samsvarer med definisjonene som legges til grunn i arbeidsmiljøloven.

⁵¹ Ot.prp. 49(2004-2005), side 325. Definisjonene er også drøftet i Ot.prp. 104(2002-2003) pkt. 8.3, 5.3 og 5.4.

⁵² Ot.prp. 49 (2004-2005), side 325.

blitt i en tilsvarende situasjon.⁵³ Formålet med å forby direkte diskriminering er å sikre formell likhet.⁵⁴ Også unnlatelser, f.eks. å unnlate å innkalle en senior til intervju, kan rammes av diskrimineringsforbudet.⁵⁵

2.4 Hva er indirekte diskriminering?

Indirekte diskriminering foreligger etter definisjonen i arbeidsmiljøloven fra 1977 når en tilsynelatende nøytral bestemmelse eller praksis i realiteten er diskriminerende.⁵⁶ Et eksempel er at en stillingsannonse etterspør jobberfaring, utdannelse og interesser som typisk kjennetegner yngre søkere, uten at disse kvalifikasjonene nødvendigvis trengs for å utføre jobben tilfredsstillende.⁵⁷

En av uttalelsene til Likestillings -og diskrimineringsombudet fra 2008 kan illustrere problemstillingen.⁵⁸ Saken gjaldt utlysningsteksten til stillinger lyst ut av Kristiansand kommune. Kommunen søkte spesifikt etter "*studenter*". Likestillings -og diskrimineringsombudet uttalte at denne måten å bruke og søke etter studenter på var indirekte aldersdiskriminerende. Det var etter ombudets mening grunn til å tro at eldre søkere ville komme dårligere ut enn yngre.

For å forhindre indirekte diskriminering kan det av og til være nødvendig at en del av en gruppe behandles bedre enn resten av gruppen. En eldre person vil for eksempel kunne utføre jobben dersom han får litt ekstra veiledning. Like muligheter kan også fremmes ved at det igangsettes tiltak for å tilpasse og tilrettelegge arbeidssituasjonen for de eldre arbeidstakerne.

⁵³ Definisjon fra arbeidsmiljøloven 1977 § 54 c nr.2.

⁵⁴ Jakhelln, 2006, side 72.

⁵⁵ Jakhelln, 2006, side 72.

⁵⁶ Aml 1977 § 54 C nr.2.

⁵⁷ Det stilles for eksempel unødvendige krav til datakunnskaper.

⁵⁸ Sak 08/1280 fra 11/11-2008. [http://www.ldo.no/no/Klagesaker/Arkiv/2008/Kommune-utlyste-stillinger-som-studentstillinger--aldersdiskriminerende/\(08.04.11\)](http://www.ldo.no/no/Klagesaker/Arkiv/2008/Kommune-utlyste-stillinger-som-studentstillinger--aldersdiskriminerende/(08.04.11))

Slik forskjellsbehandling er i noen situasjoner positiv,⁵⁹ og vil etter arbeidsmiljøloven § 13-6 kunne gå klar av diskrimineringsforbudet fordi slik forskjellsbehandling er med på å oppfylle lovens formål.⁶⁰ Ved at forskjellsbehandlingen gir en gruppe visse fordeler forsøker man å utjevne forskjellene. Et eksempel på positiv forskjellsbehandling i ansettelsesfasen kan være kvotering av unge eller eldre arbeidssøkere. Det må utvises forsiktighet med positiv forskjellsbehandling. Ved å gi en gruppe fordeler tilføres ofte en annen gruppe ulemper. Å gjøre det lettere for en eldre arbeidstaker å bli ansatt fører gjerne til at det blir vanskeligere for en yngre kandidat å bli ansatt. Enhver positiv forskjellsbehandling av eldre arbeidssøkende vil potensielt kunne komme i konflikt med utgangspunktet om at søkerne skal vurderes individuelt og på bakgrunn av deres kompetanse. Etter arbeidsmiljøloven § 13-6 skal forskjellsbehandlingen derfor opphøre med en gang formålet er oppnådd.⁶¹

Et eksempel på at positiv forskjellsbehandling kan være et kontroversielt tema selv om den er et tiltak mot diskriminering, er vedtakelsen av allmennaksjeloven § 6-11a i 2006.⁶² Av denne loven følger det et lovfestet krav om at alle styrer i norske allmennaksjeselskap må ha 40 % representasjon av begge kjønn.

2.5 Aldersdiskriminering.

På samme måte som at alle har et kjønn eller en rase, har alle søkere til en stilling også en alder. Dette er hovedårsaken til at alder er et diskrimineringsgrunnlag med stort diskrimineringspotensiale. Alderen er flytende og ulike måter å bli diskriminert på vil kunne gjøre seg gjeldende i ulike faser av arbeidslivet.⁶³ Aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-1

⁵⁹ Omtalt i NOU 2009:14 punkt 3.2.3.

⁶⁰ Ot.prp. 49(2004-2005) kap.13, anmerkninger til § 13-6.

⁶¹ Også hentet fra forarbeidene, samme som note 55, også Ot.prp. nr.104(2002-2003)pkt.8.5.1.

⁶² [http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/pressesenter/fakta-ark/fakta-ark-kjonnskvoltering-i-styrer.html?id=641431\(04.10.11\)](http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/pressesenter/fakta-ark/fakta-ark-kjonnskvoltering-i-styrer.html?id=641431(04.10.11))

⁶³ O`Cinneide , 2005, side 13.

beskytter alle aldrer samtidig, selv om alderen stadig forandrer seg.⁶⁴ Det er ikke mulig å sette opp bestemte karakteristika som definerer de forskjellige aldersgruppene som søker ny jobb. Uavhengig av alder vil mål, forventninger og forholdet til arbeidsgiver kunne være forskjellig fra person til person i ansettelsesfasen. Slike forskjeller vil også gjøre seg gjeldende mellom personer innenfor noenlunde like alderstrinn.⁶⁵

2.5.1 Stereotypisering.

En vanlig form for diskriminerende holdninger til de eldre i ansettelsesfasen viser seg gjennom stereotypisering. Stereotypisering er når man tillegger en gruppe bestemte egenskaper fordi gruppens individer har noen trekk til felles.⁶⁶ Sosiale og kulturelle oppfatninger legges til grunn uten at det foretas en individuell vurdering av faglige og personlige kvalifikasjoner.⁶⁷ Stereotypiske holdninger til de eldre i ansettelsesfasen vil variere innenfor de ulike aldersgruppene.⁶⁸

Negative holdninger til eldre arbeidssøkere kan føre til at også de eldre selv får negative oppfatninger om egen arbeidskapasitet, og dermed ikke anser seg kompetente til å søke seg til en ny jobb.⁶⁹

Det er grunn til å tro at uheldig forhåndsdømming av eldre arbeidssøkere er et stort problem i ansettelsesfasen. Det er en fare for at mange arbeidsgivere lar være å kalle inn eldre arbeidssøkere til intervju da de stiller spørsmål ved de eldres opptreningsvilje og potensiale, evne til å tilpasse seg og helsesituasjon. De eldre oppfattes kanskje ikke som like ambisiøse som yngre arbeidssøkere.

⁶⁴ O`Cinneide , 2005, side 13.

⁶⁵ O`Cinneide , 2005, side 13.

⁶⁶ Cook og Cusack, 2009, side 1.

⁶⁷ Hellum, 2008, side 46, 380.

⁶⁸ O`Cinneide ,2005, side 13.

⁶⁹ Dette kan resultere i `selvprofetier`. Se også NOU 2003:2, punkt 6.3.

Eksempler på stereotypiske holdninger kan vi se i utlysningstekster til traineestillinger. De fleste arbeidsgivere er nå bevisste på at det ikke er lovlig å favorisere unge søkere i vanlige stillingsannonser. I utlysningstekster til traineestillinger kan det virke som om arbeidsgivere i større grad lar uheldige holdninger komme til uttrykk.⁷⁰ Departementet har uttalt at det for særlige rekrutterings- eller utdanningsstillinger, som for eksempel traineestillinger, bør være adgang til å sette en øvre aldersgrense for ansettelser.⁷¹ Det fremheves at arbeidsgiver har behov for å investere i kompetanse i et langsiktig perspektiv.⁷²

Det er nok ikke bare departementet som ser mest utviklingspotensiale i yngre arbeidssøkere. Mange arbeidsgivere ser i likhet med departementet bort fra at yngre arbeidstakere gjerne er mindre lojale og at sannsynligheten for at de vil bytte arbeidsplass er større enn for eldre arbeidstakere.⁷³ Ved at stereotypiske holdninger preger arbeidsgivers søken etter traineer utestenges de eldre fra en viktig rekrutteringskanal.

2.5.2 Sammenlikningsperson.

Direkte diskriminering forutsetter som nevnt under punkt 2.2 at en person blir behandlet dårligere enn en annen i samme situasjon. Kravet om sammenlikningsperson er ikke lovfestet i den nåværende arbeidsmiljøloven, men fremgår som en forutsetning for diskriminering etter arbeidsmiljøloven fra

⁷⁰ To av mange eksempler på trainee-stillinger utlyst for unge kandidater finnes på:
<http://norskwebforum.no/viewtopic.php?f=45&t=43070>, <http://www.nds.no/?ItemID=1588>,
[http://www.amobil.no/artikler/telenor_soker_unge/13468.\(08.04.11\)](http://www.amobil.no/artikler/telenor_soker_unge/13468.(08.04.11))

⁷¹ NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

⁷² NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

⁷³ At yngre arbeidstakere er mindre lojale kan kanskje også anses som en stereotypisering, men undersøkelser viser at eldre arbeidstakere er mer stabile enn 20-30 åringer. Turnoveren er 4 ganger så høy blant arbeidstakere i 20-årene som i 50-årene. <http://www.aftenposten.no/jobb/article1307006.ece>
(13.04.11)

1977.⁷⁴ Siden alder er mer en prosess enn en egenskap, kan det være vanskelig å finne en person å sammenlikne seg med for å bevise diskriminering i ansettelsesfasen.⁷⁵ Selv om man finner en annen arbeidssøker med lik alder, kan fysiske trekk ved personen gjøre at man likevel ikke er sammenlignbare. En arbeidssøker på 65 år kan for eksempel være i bedre fysisk og psykisk form enn en arbeidssøker på 40 år. Den biologiske alderen vil ikke alltid være den samme som den numeriske alderen, og søkere innenfor samme aldersgruppe kan ha stor spredning i biologisk alder.⁷⁶

Det vil styrke diskrimineringsvernets gjennomslagskraft i ansettelsesfasen om en ved aldersdiskriminering legger opp til en fleksibel tolkning av begrepet sammenligningsperson.⁷⁷ Ordlyden i aml fra 1977 § 54 c nr. 1 og EF-direktivet 2000/78 art 2 taler for at en hypotetisk sammenligningsperson aksepteres, jf. uttrykket “ *blir, ble eller ville blitt behandlet*.”⁷⁸

Ved ansettelse må en foreta en sammenlikning av de andre kandidatenes kvalifikasjoner. Av forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977 § 54C nr.1 følger det at sammenlikningen skal foretas med utgangspunkt i relativt like tilfeller.⁷⁹ Dersom en senior trenger bagatellmessig ekstra opplæring i datasystemene, vil han sannsynligvis likevel kunne sammenlikne seg med en annen kandidat uten slike behov. Det stilles likevel krav om en

⁷⁴ Av Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 325 følger det at samme definisjon av diskriminering som fremgår av aml 1977 skal legges til grunn. Av aml 1977 § 54 c nr.2 foreligger det diskriminering når man behandles dårligere enn en annen i samme situasjon.

⁷⁵ O`Cinneide , 2005, side 20.

⁷⁶ Drefelin og Lindgjærde, 2011-Artikkel fra Dagens Næringsliv som representerer forskning som påpeker at en aktiv 50-åring kan ha same biologiske alder som en sedat 18-åring.

⁷⁷ O`Cinneide, 2005, side 22, Ot.prp. nr. 104(2002-2003), pkt.8.3(Til tidligere aml § 54C), side 35.

⁷⁸ Aml 2005 legger til grunn de samme definisjonene på diskriminering som i § 54 i aml-loven fra 1977. Ot.prp. nr. 49(2004-2005), kommentar til § 13-1.

⁷⁹ Ot.prp.nr 104(2003-2004), punkt 8.3.5.3. Side 35.

“tilsvarende situasjon”.⁸⁰ Det foreligger ikke diskriminering dersom en eldre arbeidssøker har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne.⁸¹

Dersom arbeidssøker har blitt utsatt for kryssdiskriminering i ansettelsesprosessen vil valget av sammenlikningsperson bli enda vanskeligere. Ved kryssdiskriminering blir arbeidssøkeren diskriminert på grunn av flere diskrimineringsgrunnlag i en og samme handling.⁸² Et eksempel er dersom det i en stillingsannonse blir søkt etter en eldre og erfaren dame over 40. Annonsen virker diskriminerende både ovenfor menn og yngre søkere. Et annet eksempel er dersom en ikke-etnisk kvinne blir forkastet i ansettelsesprosessen både fordi hun ikke er norsk og fordi hun er for gammel. Spørsmålet blir da hvem hun skal sammenlikne seg med. Skal hun for eksempel kunne sammenlikne seg med en norsk kvinne på samme alder? Likestillingsdepartementet har uttalt at *“dersom sammenlikningsperson skal benyttes bør disse reflektere alle aspekter av identiteten til den som hevder å være diskriminert.”*⁸³ Samtidig understrekes at en *“sammenlikningsperson må velges med varsomhet fordi bruk av feil sammenlikningsperson kan føre til at saker blir avvist på uriktig grunnlag.”*⁸⁴

2.6 Hva kjennetegner aldersdiskriminering i ansettelsesfasen?

Diskriminering i ansettelsesfasen vil gjerne utspille seg som en så innarbeidet form for ansettelsespraksis at diskrimineringen blir tatt for gitt og ikke reagert på.⁸⁵ En tilsynelatende nøytral intervjupraksis kan i realiteten være bygget på

⁸⁰ Ot.prp.nr 104(2003-2004), punkt 8.3.5.3. Side 35.

⁸¹ Ot.prp.nr 104(2003-2004), punkt 8.3.5.3. Side 35.

⁸² Problemstillingen er tatt opp i NOU 2009:14, kapittel 14 og utover.

⁸³ NOU 2009:14, punkt 14.2.

⁸⁴ NOU 2009:14, punkt 14.2.

⁸⁵ Henvisninger til Craig fra NOU 2009:14. Craig, 2005, fra side 122. Selv om avhandlingen til Craig retter seg mot etnisk diskriminering vil mange av poengene etter min mening gjøre seg gjeldende for aldersdiskriminering også.

ubevisst stereotypisering av eldre eller yngre arbeidssøkende.⁸⁶ Eksempelvis kan arbeidsgiver mer eller mindre ubevisst stille ulike spørsmål til henholdsvis unge og eldre intervjuobjekter, eller vektlegge seleksjonskriterier som ikke er relevante for jobben.⁸⁷ Seleksjonskriteriene kan også vektlegges inkonsekvent alt etter hvor gammel søkeren til stillingen er.⁸⁸

Det er lite gjennomsiktighet og kontroll med evalueringsprosessen norske arbeidsgivere foretar i ansettelsessammenheng.⁸⁹ Den skjønnsmessige utvelgelsesprosessen ved ansettelser kan åpne for en uformell personalpolitikk som kan skade de eldre arbeidssøkernes sjanser for ansettelse.⁹⁰ Det er relativt lett for arbeidsgiver å fremstå som nøytral ved å skylde på en seniorsøkers personlige egenskaper. Et annet forhold som også kan være med på å fremme aldersdiskrimineringen ved ansettelser er at rekrutteringen av nye ansatte gjerne gjøres gjennom uformelle muntlige henvisninger fra eksisterende ansatte. Dersom det i utgangspunktet er mange unge på en arbeidsplass, kan det være vanskelig for eldre potensielle søkere å i det hele tatt få opplysning om at det er en ledig stilling i bedriften og bli anbefalt. Dersom det tradisjonelt har blitt ansatt unge kandidater i en bedrift, og lederen er fornøyd med deres prestasjoner, er det kanskje mer sannsynlig at lederen vil fortsette å ansette innenfor den samme aldersgruppen. Dersom de eldre allerede er skviset ut eller ikke-eksisterende på en arbeidsplass, blir det dermed i mindre grad ansatt nye. Dette er forhold som kan gjøre det vanskelig for eldre å få innpass og bevise at de egner seg til `unge` arbeidsoppgaver.⁹¹ De eldre får dermed ikke bevist at de ofte kan kompensere for ulempene som følger med det å bli eldre. En arbeidstaker på 60 år vil for eksempel kanskje skrive saktere på tastaturet, men kan gjerne klare å jobbe like raskt som en yngre ansatt ettersom han vil ha

⁸⁶ Craig, 2005, side 3.

⁸⁷ Craig, 2005, side 144.

⁸⁸ Craig, 2005, side 146.

⁸⁹ Craig, 2005, side 162.

⁹⁰ Craig, 2005, side 149.

⁹¹ I tillegg er som nevnt de eldre kanskje utelukket fra viktige rekrutteringskanaler, som trainee-stillinger ol.

lengre erfaring som skribent. Eldre arbeidstakere vil dessuten gjerne ha et større faglig nettverk, erfaringer og en gammeldags arbeidsmoral som bedriften kan dra nytte av.

En annen årsak til at aldersdiskriminering i ansettelsesfasen kan være vanskelig å synliggjøre er at folk i dag gjerne har den oppfatning at diskriminering først forekommer når en arbeidsgiver gjør noe ondt med vilje.⁹² Derav følger at mange kanskje ikke er klar over at diskriminering foregår på deres egen arbeidsplass. Ettersom diskrimineringen gjerne foregår i det skjulte er det en risiko for at den eldre arbeidstakeren blir oppfattet som problemet.

Som nevnt er det også et kjennetegn ved ansettelsesdiskriminering at det i liten grad har blitt behandlet av rettsvesenet. En av årsakene til at det er flere saker om oppsigelse enn ansettelse skyldes nok at det oppleves mer krenkende å bli oppsagt på grunn av diskriminerende holdninger enn å ikke bli ansatt. Til forskjell fra vanlig oppsigelse står arbeidssøkeren ved forbigåelse i ansettelsesfasen ikke i en dårligere posisjon enn han gjorde før han sendte inn søknaden. Tapet føles gjerne mindre enn dersom arbeidssøkeren hadde mistet jobben i en urettmessig oppsigelse, og terskelen for å saksøke på grunnlag av diskriminering i ansettelsesfasen kan derfor være noe høyere. De fleste arbeidssøkere tar det heller ikke som en selvfølge at de skal få jobben i utgangspunktet.⁹³

2.7 Styringsrettens rolle i ansettelsesprosessen.

Av rettspraksis følger det at arbeidsgiver har styringsrett.⁹⁴ Etter praksis og teori defineres styringsretten som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt *retten til å inngå arbeidsavtaler* og bringe dem til opphør.⁹⁵ Selv

⁹² Også omtalt i NOU 2009:14, pkt.3.1.

⁹³ Ringstad, 2008, side 47- 52.

⁹⁴ Se blant annet Rt-2000-1602 (Nøkk-dommen), side 1609 og Rt-2001-418 (Kårstø-dommen), side 427.

⁹⁵ Jakhelln, 2006, side 48.

om styringsretten gir arbeidsgiver en viss valgfrihet ved ansettelser, fører ikke styringsretten lenger enn preseptorisk lovgivning til enhver tid tillater.⁹⁶

Styringsretten vil dermed sette visse begrensninger for hvordan arbeidsgiver kan gå frem ved intervju og ved valg av nyansettelser. Det ble uttalt i Nøkk og Kårstø- dommene at det stilles visse krav til saksbehandlingen, og at det må foreligge forsvarlig grunnlag for avgjørelsene arbeidsgiver treffer.⁹⁷ Avgjørelsen må ikke være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.⁹⁸ Arbeidsgiver må derfor kunne begrunne saklig hvorfor han velger å vektlegge alder som et kriterium ved ansettelse.⁹⁹

Innenfor offentlig sektor gjelder det også et generelt krav om saklighet ved forvaltningsvedtak.¹⁰⁰ Det generelle vernet og kravet om saklighet vil supplere hverandre.

På den annen side er det viktig å ikke ha et for strengt saklighetskrav knyttet til hvem arbeidsgiveren lovlig kan ansette. Arbeidsgiver må ha et visst slingsrom. Det er arbeidsgiver som har risikoen for at bedriften går bra og han må i en viss grad få bestemme hvem han tror vil egne seg best. I ansettelsesprosessen vil en arbeidsgiver i tillegg til utdannelse og tidligere erfaring vektlegge vurderinger som er vage og skjønnsmessige. Det kan være svært vanskelig å bevise at den som fikk jobben var den som hadde de beste personlige egenskapene, var mest serviceinnstilt osv. Ofte går arbeidsgiveren etter magefølelsen og førsteinntrykket. Slike vage utvelgelseskriterier vil som nevnt i punkt 2.6 være med å gjøre diskriminering i ansettelsesprosessen vanskeligere å avdekke.

⁹⁶ Jakhelln, 2006, side 49.

⁹⁷ Rt-2001-418 (Kårstø-dommen), side 427.

⁹⁸ Rt-2001-418, side 427.

⁹⁹ Rt-2001- 418, side 427.

¹⁰⁰ Forvaltningsloven av 1967, og f.eks. Jakhelln, 2006, side 50.

3 Forankringen av aldersdiskrimineringsforbudet i norsk rett.

Den mest sentrale norske rettskilden for vernet mot diskriminering i ansettelsesfasen er arbeidsmiljøloven av 2005. Til forskjell fra diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og religion, er det norske vernet mot aldersdiskriminering avgrenset til arbeidslivet.¹⁰¹

Jeg vil i det følgende gjennomgå de mest sentrale nasjonale og internasjonale bestemmelsene som vil kunne ha betydning for aldersdiskrimineringsvernet i ansettelsesfasen.

3.1 Nasjonale bestemmelser.

3.1.1 Grunnloven.

Ifølge Grunnloven § 110 c påligger det statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene. Menneskerettighetskonvensjonene oppstiller ikke et eget vern mot aldersdiskriminering i ansettelsesfasen, men aldersdiskriminering vil bli rammet av de generelle diskrimineringsforbudene.¹⁰²

Forbudet mot diskriminering er et av de sentrale prinsippene innen internasjonale menneskerettigheter.¹⁰³ § 110 pålegger også statens myndigheter å legge forholdene til rette slik at ethvert arbeidsdyktig menneske kan skaffe seg utkomme ved sitt arbeide. §110 blir regnet som en prinsipperklæring og gir ikke den enkelte borger en juridisk rett på arbeid eller ansettelse.¹⁰⁴ Bestemmelsen gir et signal om at myndighetene prioriterer rett til arbeid som en viktig målsetning.¹⁰⁵

¹⁰¹ NOU 2009:14, pkt. 13.6.3 og 16.6.

¹⁰² NOU 2009:14, punkt 12.7.1.

¹⁰³ Høstmølingen, 2004, side 131.

¹⁰⁴ NOU 2003:2, punkt 7.1. Også nevnt i Andenæs, 2004, side 408.

¹⁰⁵ NOU 2003:2, punkt 7.1.

Det ble satt ned et utvalg som i 2009 kom med en anbefaling om at det bør bli vedtatt en ny grunnlovsbestemmelse som forbyr diskriminering, blant annet aldersdiskriminering.¹⁰⁶

Det går frem av utvalgets anbefalinger at diskrimineringsvernet ikke bør gå lenger enn diskrimineringsvernet i nåværende lovgivning.¹⁰⁷ Forbudet mot diskriminering i ansettelsesfasen vil dermed ikke bli utvidet og eldre arbeidssøkere vil heller ikke få nye rettigheter.¹⁰⁸

Avhengig av hvilken ordlyd en slik grunnlovsbestemmelse får vil den likevel kunne ha betydning for diskrimineringsvernet i ansettelsesfasen. En grunnlovsfesting av aldersdiskrimineringsforbudet vil være en skranke for hvilke bestemmelser Stortinget kan vedta.¹⁰⁹ Det blir vanskeligere for fremtidige Storting å gå utover diskrimineringsforbudets rammer.¹¹⁰ Arbeidsmiljøloven og andre allerede gjeldende lover må tolkes slik at de ikke er i strid med Grunnloven.¹¹¹ Gjennom domstolenes prøvelsesrett vil lovbestemmelser som virker indirekte eller direkte diskriminerende i ansettelsesfasen settes til side dersom de strider mot Grunnlovens aldersdiskrimineringsforbud.¹¹² Prøvelsesretten kan imidlertid også føre til at domstolene setter sin vurdering av hva et aldersdiskrimineringsvern i ansettelsesfasen bør inneholde over lovgivernes.¹¹³

En grunnlovsbestemmelse vil kunne ha en signalfunksjon utad og understreke at aldersdiskriminering i ansettelsesfasen og ellers i arbeidslivet er uakseptabelt. Grunnlovsbestemmelsen vil dermed kunne påvirke opinionens oppfatninger av eldre arbeidssøkende i en positiv retning.¹¹⁴

¹⁰⁶ NOU 2009:14, punkt 25.6.

¹⁰⁷ NOU 2009:14, punkt 25.7.1.

¹⁰⁸ NOU 2009:14, punkt 25.7.1.

¹⁰⁹ NOU 2009:14, punkt 25.5.2.

¹¹⁰ NOU 2009:14, punkt 25.5.3, jf. grl § 112.

¹¹¹ NOU 2009:14, punkt 25.5.3.

¹¹² NOU 2009:14, punkt 25.5.2.

¹¹³ NOU 2009:14, punkt 25.7.1.

¹¹⁴ Andenæs, 2004, side 301. Grunnlovsbestemmelser vil f.eks gjerne bli vist til i undervisning og i debatter.

3.1.2 Arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern.

Aldersdiskrimineringsvernet er som nevnt tidligere lovfestet i arbeidsmiljøloven av 2005 i kapittel 13 om “ *Vern mot diskriminering*” og skal samsvare med vernet oppstilt i direktiv 2000/78/EF.¹¹⁵

Av forarbeidene følger det at det etter arbeidsmiljøloven oppstilles et vern mot diskriminering på grunn av høy alder, så vel som lav alder.¹¹⁶

Etter § 13-2 første ledd er arbeidsgiver forpliktet til å respektere diskrimineringsvernet for arbeidssøker i hele ansettelsesprosessen- fra utlysningen av stillingen til selve ansettelsen.¹¹⁷

3.2 Internasjonal retts innflytelse på diskrimineringsvernet.

Diskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven har ikke blitt til i et nasjonalt vakuum. Både folkeretten og EU/ EØS-retten har hatt direkte innflytelse på hvordan diskrimineringsvernet har utviklet seg og hvordan det skal tolkes.¹¹⁸

Likebehandlingsprinsippet spiller en sentral rolle både i EØS-retten og i folkeretten.¹¹⁹ Vernet mot diskriminering er i stor grad folkerettslig sedvanerett, som Norge vil føle seg forpliktet til å følge.¹²⁰ Presumsjonsprinsippet taler for at norsk rett, herunder norske arbeids og diskriminerings-regler, skal tolkes i samsvar med folkeretten så langt det er mulig.¹²¹ I presumsjonsprinsippet ligger

¹¹⁵ NOU 2003:2, punkt.4.1.

¹¹⁶ Ot.prp. nr.49(2004-2005), punkt 15.2.2.

¹¹⁷ Ot.prp. nr.49(2004-2005), side 327.

¹¹⁸ NOU 2003:2, pkt. 11 og pkt.8.

¹¹⁹ Jakhell, 2006, side 52.

¹²⁰ NOU 2009:14, pkt.4.2.

¹²¹ Selv om presumsjonsprinsippet er ulovfestet, utspiller det seg også i lovgivningen. Eksempler på et forsterket presumsjonsprinsipp finnes i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.

det også en formodning om at norsk rett i utgangspunktet er i samsvar med folkeretten.¹²²

Betydningen av folkeretten som rettskilde i norsk rett ble betydelig styrket da menneskerettsloven(mrl) av 1999 ble vedtatt. Gjennom loven ble EMK 1950, FN-ØSK 1966 og FN-SP 1966 inkorporert. Konvensjonene gjelder som norsk lov dersom de er bindende for Norge, jf. mrl § 2. De har også forrang etter mrl § 3 ved motstrid med annen norsk lovgivning.

Folkerett som ikke er direkte bindende for Norge kan likevel få betydning ved tolkning av saklighetshensyn mv.

Det er ingen av de folkerettslige konvensjonene som uttrykkelig forbyr forskjellsbehandling på bakgrunn av alder.¹²³ Aldersdiskriminering i ansettelsesfasen vil likevel i de fleste tilfeller være forbudt etter mer generelle diskrimineringsforbud fordi alder anses å falle inn under "*annen status*" eller "*status for øvrig*".¹²⁴ Av Mangold-saken, avsagt av EU-domstolen i 2004, følger det at forbudet mot aldersdiskriminering har sin opprinnelse i ulike internasjonale konvensjoner.¹²⁵ Dette er et av argumentene domstolen bruker når den argumenterer med at aldersdiskrimineringsforbudet er et fellesskapsrettslig prinsipp, uavhengig av direktiv 2000/78/EF. EU-domstolen har gjentatt denne uttalelsen i senere praksis.¹²⁶

Forente Nasjoners(FNs) Verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948 er en av de konvensjonene som kan få betydning for vernet mot

¹²² Høstmølingen, 2004, side 42.

¹²³ EMK, SP, ØSK.

¹²⁴ NOU 2009:14 side 127. EMD sak nr. 9106/08 Bouamar mot Belgia, avsagt 29. februar 1988.

Spørsmålet var om det var diskriminerende at barn og unge ble behandlet etter andre regler enn voksne ved frihetsberøvelse. Se for øvrig Ot.prp. nr.104 (2002-2003) pkt. 5.4. SP: Se sak nr. 855/99 Schmitz De Jong mot Nederland og sak 983/01 Love m.fl. mot Australia.

¹²⁵ Sak C-144/04, Werner Mangold mot Rudiger Helm, premiss 74 og 75.

¹²⁶ Sak C-555/07, Seda Küçükdeveci. v. Swedex GmbH & Co, premiss 20 og 21.

aldersdiskriminering i ansettelsesfasen.¹²⁷ Etter art 1 første pkt. har alle mennesker samme menneskerettigheter. Av art 2 følger det at enhver har krav på de rettigheter og friheter som er med i erklæringen. Nok en artikkel der ordlyden taler for at alle uavhengig av alder skal ha like muligheter i ansettelsesfasen er art 23. Av art. 23 går det frem at “ *Enhver har rett til arbeid, til fritt valg av yrke, til rettferdige og gode arbeidsforhold og til beskyttelse mot arbeidsløshet.* ” Selv om ordlyden i verdenserklæringen isolert sett taler for at alder ikke skal være et hinder ved ansettelser, er bestemmelsene generelle. Dette bidrar til at de vil ha liten slagkraft i en tvist om diskriminering i ansettelsesfasen.¹²⁸ Verdenserklæringen er likevel regnet som folkerettslig sedvanerett som alle stater er bundet av.¹²⁹

Både SP art 26 og EMK art 14 oppstiller diskrimineringsforbud der diskrimineringsvernet omfatter vern mot flere ulike diskrimineringsgrunnlag. Alder er ikke uttrykkelig nevnt blant de andre diskrimineringsgrunnlagene i konvensjonene, men faller inn under sekkekategori “ *status for øvrig* ”¹³⁰ og “ *annen status* ”.¹³¹ En forskjell mellom de to bestemmelsene er at SP oppstiller et generelt diskrimineringsvern,¹³² mens EMK art 14 er aksessorisk og dermed bare gjelder de rettigheter og plikter som er oppstilt i EMK for øvrig.¹³³ Det har vært diskusjoner om Norge skal ratifisere EMK tilleggsprotokoll 12.¹³⁴ Tilleggsprotokollens art 1 oppstiller samme vern som EMK art 14, men er til forskjell fra art 14 ikke aksessorisk.¹³⁵ Siden Norge er forpliktet etter SP art 26,

¹²⁷ Verdenserklæringen om menneskerettighetene av 10.12.1948. Ot.prp.nr. 104(2002-2003) pkt. 5.3.

¹²⁸ Ruud, 2004, side 195-196.

¹²⁹ Verdenserklæringen er drøftet i flere forarbeider- for eksempel Ot.prp. nr. 44(2007-2008), punkt 5.2.

¹³⁰ SP art 26. Sak nr. 855/99 Schmitz De Jong mot Nederland og sak 983/01 Love m.fl. mot Australia.

¹³¹ EMK art 14. EMD-sak nr. 9106/08 Bouamar mot Belgia, avsagt 29. februar 1988. Spørsmålet var om det var diskriminerende at barn og unge ble behandlet etter andre regler enn voksne ved frihetsberøvelse. Se for øvrig Ot.prp. nr. 104(2002-2003) pkt.5.4.

¹³² NOU 2009:14, pkt.24.5.

¹³³ NOU 2009:14, pkt.24.4.2, Høstmølingen, 2004, side 138.

¹³⁴ NOU 2009:14, side 299. Utvalget frarådet ratifikasjon av tilleggsprotokoll 12.

¹³⁵ NOU 2009:14, pkt.24.

vil unnlattelsen av å ratifisere tilleggspatokoll 12 hovedsakelig få prosessuell betydning for aldersdiskrimineringsvernet.¹³⁶

Norge er også forpliktet etter Den europeiske sosialpakt til å ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper, deriblant retten til arbeid og rettferdige arbeidsvilkår.¹³⁷ Del V artikkel E slår fast ikke-diskriminering. Også ILO-Konvensjonen nr. 111 art 2 taler for likebehandling i ansettelsesfasen ved at staten skal fremme like muligheter og lik behandling av borgerne, samt jobbe for å fjerne diskriminering i arbeidslivet.¹³⁸

Konvensjonene som er gjennomgått i dette kapitlet kan ikke alltid tolkes og anvendes slik at arbeidsgiver pålegges rettslige forpliktelser direkte overfor en diskriminert arbeidssøker.¹³⁹ Det er først og fremst Norge som stat som blir ansvarlig etter konvensjonene.¹⁴⁰ At konvensjonene ikke alltid vil ha tredjepartsvirkning¹⁴¹ kan svekke konvensjonenes betydning ovenfor den privatpersonen som føler seg diskriminert i ansettelsesfasen.

Konvensjonene vil likevel spille en betydelig rolle for aldersdiskrimineringsvernet ettersom presumsjonsprinsippet og menneskerettsloven av 1999 som nevnt taler for at konvensjonene skal bidra til å utfylle og tolke norsk lovgivning.¹⁴² Nye kystlink-saken er et eksempel på dette.¹⁴³ I saken ble det vist til konvensjonene som grunnlag for at det forelå aldersdiskriminering. Saksøker hevdet at aldersgrensen i sjømannsloven § 19 var i strid med EMK art 14, jf art 11 og SP art 26.¹⁴⁴ Anførselen førte imidlertid ikke frem.¹⁴⁵

¹³⁶ NOU 2009:14, pkt. 24.5.

¹³⁷ Ot.prp.nr.104(2002-2003), pkt.5.5.

¹³⁸ Ot.prp. nr.104(2002-2003), pkt.5.2.1.

¹³⁹ NOU 2009:14, pkt.4.2.

¹⁴⁰ NOU 2009:14, pkt.4.2.

¹⁴¹ NOU 2009:14, pkt.4.2.

¹⁴² NOU 2009:14, pkt.4.2.

¹⁴³ Rt-2010-202.

¹⁴⁴ Rt-2010-202, premiss 20.

¹⁴⁵ Rt-2010-202, premiss 73-75.

4 Diskrimineringsforbudets forankring i europeisk rett.

Aldersdiskrimineringsforbudet ble introdusert gjennom rammedirektivet 2000/ 78/ EF, som er vedtatt med hjemmel i artikkel 13 i Amsterdamtraktaten. Det er ingen bestemmelse i EØS- avtalen som tilsvarer artikkel 13 fordi det ikke ble oppnådd enighet mellom EFTA-landene om at direktiv 2000/78/EF skulle være del av EØS-avtalen.¹⁴⁶

Diskrimineringsforbudet er videreført i Lisboa-traktaten, som ble inngått i 2009. Med Lisboa-traktaten ble diskrimineringsvernet lovfestet ved at “Charter of fundamental rights” ble innarbeidet i EUs lovgivning.¹⁴⁷ Av charterets art 21 følger det at forskjellsbehandling på bakgrunn av alder ikke skal forekomme. Av art 25 følger det at unionen respekterer eldres rett til et verdig liv. Før Lisboa-traktaten var aldersdiskriminering bare forbudt gjennom EUs sekundærrett gjennom direktiv 2000/78/EF. Som nevnt i punkt 3.1 erklærte likevel EU-domstolen alt i 2004 aldersdiskrimineringsforbudet som et generelt, grunnleggende, ulovfestet fellesskapsrettslig prinsipp.¹⁴⁸ Aldersdiskrimineringsforbudet var således ulovfestet primærrett i 2004. Selv om EU-domstolen i ettertid har vist til det grunnleggende prinsippet,¹⁴⁹ har dommen blitt møtt med kritikk av varierende grad.¹⁵⁰

Bestemmelsene i rammedirektivet er som nevnt gjennomført i norsk rett gjennom aml § 13-1 første ledd og aml § 13-3, som også retter seg mot

¹⁴⁶ [http://europolov.no/rettsakt/anti-diskrimineringsdirektivet/id-1344\(22.04.11\)](http://europolov.no/rettsakt/anti-diskrimineringsdirektivet/id-1344(22.04.11))

¹⁴⁷ 2010/C 83/02, <http://www.eudelegasjonen.no/tema/jai/charteroffundamentalrights.pdf>, [http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=187&Itemid=188\(08.04.11\)](http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=187&Itemid=188(08.04.11))

¹⁴⁸ Sak C-144/04, Mangold, premiss 74 og 75.

¹⁴⁹ Sak C-388/07, Age Concern , premiss 43, Sak C-555/07, Seda Küçükdeveci. v. Swedex GmbH & Co, premiss 20.

¹⁵⁰ Se eksempelvis professor Stein Evjus kommentarer til dommen, Arbeidsrett vol.3,nr.3,2006, side 137-161.

diskriminering i ansettelsesfasen. Rettspraksis fra EU-domstolen vil dermed ha betydning for tolkningen av det norske diskrimineringsforbudet.¹⁵¹

4.1 Mer om rammedirektivet 2000/78/EF.

Rammedirektivet omfatter diskriminering på grunnlag av religion, tro, funksjonshemming, alder og seksuell orientering. Etter artikkel 1 i direktivet er formålet å gjennomføre likebehandling i arbeidslivet for de nevnte gruppene. Kvalifikasjoner og prestasjoner skal være avgjørende, ikke diskriminerende holdninger. Forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder følger av artikkel 2. Etter artikkel 6 og 4 i direktivet kan det gjøres unntak fra diskrimineringsforbudet dersom visse krav er oppfylt. Av direktivets artikkel 8 fremgår det at det er et minimumsdirektiv. Aldersdirektivet er begrenset til diskriminering på arbeidsmarkedet.¹⁵² Direktivet gjelder etter artikkel 3 i alle faser av arbeidslivet- fra ansettelsesprosessen til opphør av arbeidsforholdet. Av punkt 5 i direktivets fortale følger det at det er viktig at grunnleggende menneskerettigheter og frihetsrettigheter blir respektert. Videre fremgår det av fortalens punkt 6 at det er nødvendig å bekjempe alle former for diskriminering og sikre sosial og økonomisk integrering av eldre.

4.2 Direktivets rettskildevækt i norsk rett.

Rettskildevekten til direktivet i norsk rett vil være avgjørende for hvilken betydning direktivet har for diskrimineringsvernet i ansettelsesfasen. Ettersom direktiv 2000/78/EF ikke er en del av EØS-avtalen er ikke Norge rettslig forpliktet til å ha et vern mot ansettelsesdiskriminering likt det som oppstilles i direktivet.¹⁵³

¹⁵¹ Hvilken rettskildemessig betydning praksis fra EU-domstolen vil ha gjennomgås senere i oppgaven.

¹⁵² I motsetning dekker rasedirektivet langt flere områder. (Direktiv 2000/43/EF art3.)

¹⁵³ Dette er uttalt blant annet i rettspraksis og forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Se Rt-2010-202, premiss 46.

Siden Norge bare er politisk og ikke rettslig forpliktet etter direktivet vil det dessuten falle utenfor EFTA- domstolens kompetanse.¹⁵⁴ EFTA- domstolen kan verken dømme Norge for traktatbrudd for feilaktig gjennomføring av direktivet, eller uttale seg om den norske tolkningen av direktivet. Bestemmelsene som er gitt for å gjennomføre direktivet faller utenfor forrangsregelen i EØS- loven § 2. Ettersom det ikke er snakk om en folkerettslig forpliktelse vil heller ikke presumsjonsprinsippet få anvendelse.¹⁵⁵

Det må likevel vektlegges at Norge hele tiden har uttalt ønske om å etablere et like sterkt vern som i EU.¹⁵⁶ At direktivet er implementert i norsk rett taler i seg selv for at lovgiver har ønsket at direktivteksten skal ha vekt ved tolkningen av forbudet mot ansettelsesdiskriminering. Dette har lovgiver uttalt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 kap. X A.¹⁵⁷ Av norsk rettskildelære følger det at lovgiverviljen, og da særlig lovforarbeider skal tillegges betydelig vekt ved lovtolkning.¹⁵⁸ Flertallet i kommunalkomiteen uttaler i odelstingsinnstillingen at *“norsk rett på dette området bør være fullt på høyde med det øvrige Europa, og at gjennomføringen av Rådsdirektiv 2000/78/EF (...) inngår som et viktig element i arbeidet med å verne utsatte gruppers rettsstilling”*.¹⁵⁹

Enkelte kritikere hevder på tross av målsettingen i forarbeidene at direktivet ikke har en bindende virkning for Norge.¹⁶⁰ Eksempler på en slik kritisk tilnærming til direktivets rettskildevekt kan man finne i dommer og i forarbeider.¹⁶¹ Kritikerne mener at norske domstoler *kan* foreta en

¹⁵⁴ NOU 2005:8, punkt 7.3.

¹⁵⁵ Eidsvaag, 2009, side 104.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 33(2004-2005), side 36. Dette er også nevnt i HR nylig avsagte dom HR-2011-1291, premiss 44.

¹⁵⁷ Ot.prp. 104 (2002-2003), side 12 flg.

¹⁵⁸ Eckhoff, 2001, side 70 flg.

¹⁵⁹ Innst.O.nr 52(2003-2004), side 2. NOU 2009:14 er et eksempel på en kritisk tilnærming til direktivets rettskildevekt. Foruten noen dommer som nevnes finnes det lite litteratur på området.

¹⁶⁰ Hack, 2010, Nytt i privatretten, nummer 2, side 2.

¹⁶¹ Eksempelvis Rt-2010-202 og NOU 2009:14, 16.6.4.

proporsjonalitetsvurdering etter direktivets og EU-domstolens krav, men at domstolene ikke er *forpliktet* til det.¹⁶² Domstolene kan med andre ord komme til at det er en lovgiveroppgave dersom det er nødvendig med endringer i lovgivningen som gjør at norsk rett stemmer overens med direktivet. I NOU 2009:14 fremheves det at Norge kan stille seg noe friere til direktivet som rettskildefaktor.¹⁶³

Høyesterett tok i 2010¹⁶⁴ stilling til direktivet som rettskilde da de behandlet en sak om sjømannsloven.¹⁶⁵ Dommerne ble ikke enige om hvilken vekt direktivet skulle ha i saken. Noe av grunnen til uenigheten var at forarbeidene ikke er entydige. Ved inkorporeringen av direktivet i arbeidsmiljøloven i 2004 uttalte departementet om forholdet til lover og avtaler som gjelder aldersgrenser at

*“Departementet legger imidlertid til grunn at en innføring av et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder ikke skal røkke ved dagens rettstilstand. Forbudet mot aldersdiskriminering er således ikke ment å innebære et forbud mot å innføre eller opprettholde bestemmelser og avtaleklausuler som fastsetter en bestemt avgangsalder.”*¹⁶⁶

Disse uttalelsene i forarbeidene peker ifølge Høyesterett i retning av at bestemmelsene i loven skal gjelde uavhengig av hva som måtte følge av direktivet.¹⁶⁷

Som Høyesterett påpeker i dommens premiss 53 skulle den overnevnte holdningen til direktivet bare gjelde inntil forholdet til direktivet ble utredet og konsekvensvurdert.¹⁶⁸

¹⁶² Se NOU 2009: 14, side 198 og Hack, 2010, Nytt i privatretten, nummer 2, side 2.

¹⁶³ Se NOU 2009:14, 16.6.4, "Utformingen av unntaksregelen".

¹⁶⁴ Rt-2010-202(Nye Kystlink-dommen), premiss 52.

¹⁶⁵ Spørsmålet var om en aldersgrense på 62 år for sjømenn var aldersdiskriminerende etter sjømannsloven § 31 eller/ og EF-direktivet om likebehandling.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr.104(2002-2003), side 30.

¹⁶⁷ Rt-2010-202, premiss 53.

¹⁶⁸ Rt-2010-202, premiss 53.

I senere forarbeider er det motsatt uttalt at

*“Dersom det oppstår tvist om bestemmelser i lovgivningen, tariffavtaler eller individuelle avtaler inneholder bestemmelser om aldersgrenser som er i strid med lovens forbud mot aldersdiskriminering, må saken prøves rettslig og det vil være opp til domstolene i hvert enkelt tilfelle å foreta en konkret vurdering av hvorvidt en aldersgrense har et saklig formål i samsvar med betingelser for unntak i arbeidsmiljøloven § 54 D nr. 3.”*¹⁶⁹

Her peker forarbeidene i retning av at lovfastsatte aldersgrenser skal prøves av domstolene.¹⁷⁰ Førstvoterende i Kystlinksaken konkluderer med at domstolene på selvstendig grunnlag må vurdere aldersgrensenes legitimitet på bakgrunn av de samme rettskilder som vil gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen.¹⁷¹

På tross av førstvoterendes konklusjon går flertallet likevel inn for en relativt svak binding til direktivet. Førstvoterende uttaler i dommens premiss 70 at den vide skjønnsmargin som gjelder på området tilsier at det må være lovgivers løpende vurderinger som er avgjørende i avveiningen av de kryssende hensyn. Det understrekes at Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å inkorporere direktivet, og at implementeringen var basert på lovgivers hensiktsmessighetsvurdering.¹⁷²

Mindretallet kommer til at det ikke finnes tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiver har ment at direktivet skal supplere bestemmelsen i sjømannsloven, og

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 196-197.

¹⁷⁰ Rt-2010-202, premiss 55.

¹⁷¹ Rt-2010-202, premiss 56.

¹⁷² Rt-2010-202, premiss 70.

konkluderer med at saken må avgjøres uten at direktiv 2000/78/ EF kommer til anvendelse.¹⁷³

Det er vel grunn til å understreke at lovgiver i denne saken har foretatt en vurdering og tatt klart standpunkt til at aldersgrensen på 62 år i sjømannsloven er lovlig. Dette kan tale for at lovgiver ikke ønsket at sjømannsloven § 19 skulle begrenses av direktivet eller EU-domstolens praksis.

Spørsmålet om aldersgrenser kom opp på nytt i Høyesterett i 2010.¹⁷⁴

Spørsmålet i denne saken var om en aldersgrense på 60 år for en flyver er diskriminerende. Saken ble imidlertid stanset for å avvende dom i en sak forelagt EU-domstolen som omhandlet en lignende tvist mellom tyske Lufthansa og ansatte om aldersgrenser.¹⁷⁵

At Høyesterett valgte å stanse saken er nok et bevis på at de vektlegger og anser seg forpliktet av EU-domstolens praksis og direktivet.

Underrettspraksis har i stor grad henvist til direktivet i behandlingen av diskrimineringsforbudet, uten å foreta en vurdering av hvilken betydning det har at Norge ikke er rettslig forpliktet. Et eksempel på dette ser vi i premissene til “Statoil-dommen” avsagt av Stavanger tingrett i 2006.¹⁷⁶ Tingretten kom i denne saken til at en pliktig avgangsalder på 67 år for alle landbaserte ansatte i Statoil var diskriminerende og ulovlig etter arbeidsmiljøloven og direktiv 2000/78/EF.

Stavanger tingretts dom vil ha begrenset vekt ettersom Borgarting lagmannsrett i 2010 tok avstand fra dommen.¹⁷⁷ Borgarting lagmannsrett viser i dommen fra 2010 til at også departementet etter lagmannsrettens mening har tatt avstand fra Statoildommen.¹⁷⁸ Borgarting påpeker at departementet med

¹⁷³ Rt-2010-202, premiss 95.

¹⁷⁴ Rt-2010-944.

¹⁷⁵ Sak C-447/09.

¹⁷⁶ TSTAV-2005-75777.

¹⁷⁷ LB-2010-99479.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 54(2008-2009), side 85.

aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven ikke har ment å endre den rettstilstanden som råder mht. særaldersgrenser.

Lagmannsretten henviser videre til den ovenfor nevnte Kystlinkdommen og uttaler

“At det er lovgiver som må vurdere om lovgivningen er i samsvar med rammedirektivet, er også lagt til grunn i avgjørelsen inntatt i Rt-2010-202, Kystlinkdommen.”

Direktivets rettskildevekt svekkes når domstolene skyver ansvaret over på lovgiver.

På bakgrunn av forarbeider og praksis er det vanskelig å ta et helt klart standpunkt til hvilken betydning det har for diskrimineringsvernet i ansettelsesfasen at Norge bare er politisk forpliktet etter direktivet. En viss avklaring har man likevel oppnådd i Høyesteretts siste avgjørelser om aldersdiskriminering fra 2011.¹⁷⁹ I avgjørelsene gjentas og bekreftes hovedpoengene fra flertallets begrunnelser i Kystlinksaken.¹⁸⁰

Det kan virke som om det foreligger en dobbeltmoral med hensyn til hvilken rolle direktivet skal spille for diskrimineringsvernet generelt og for ansettelsesdiskriminering spesielt. I de sakene jeg har referert til over gjentas det at Norge til syvende og sist ikke er rettslig forpliktet etter direktivet, samtidig som dommerne søker støtte for sine standpunkter i direktivets bestemmelser og EU-praksis fordi diskrimineringsvernet må tolkes i samsvar med direktivet.¹⁸¹ Dommerne unngår likevel i flere av sakene å gå konkret til verks i den proporsjonalitetsvurderingen EU-domstolen og direktivet legger opp til og legger en mer sjablonmessig og overflatisk vurdering til grunn. Før Kystlink-dommen

¹⁷⁹ HR-2011-910, HR-2011-1291.

¹⁸⁰ HR-2011-1291, premiss 44, 49, 56, HR-2011-910, premiss 69, 71, 72

¹⁸¹ Sist uttalt av en enstemmig Høyesterett i HR-2011-1291-A, premiss 44.

har domstolene i liten grad kommentert hvilken rettskildemessig vekt det har at direktivet ikke er en formelt gjennomført EØS-rettsakt.

Selv om direktivet ikke er del av EØS-avtalen vil prinsippet om homogen og direktivkonform tolkning av EF-traktaten og EØS-avtalens regler tale for at reglene i arbeidsmiljøloven tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen.¹⁸² EØS-retten har en overnasjonal karakter som ikke finnes i alminnelige folkerettslige avtaler.¹⁸³ Av Mangold-dommen følger det som nevnt dessuten at forbudet mot aldersdiskriminering er et fellesskapsrettslig prinsipp.¹⁸⁴ At EU-domstolen søker støtte for et slikt prinsipp i menneskerettslige prinsipper og konvensjoner, kan styrke forbudet mot ansettelsesdiskriminering og direktivets rettskildevikt siden EØS-avtalen og norsk rett vil være bundet av slike konvensjoner.¹⁸⁵

¹⁸² Prinsippet om konform tolkning går frem av EØS-avtalens art 6. Av EØS-avtalens fortale avsnitt 16 følger det at bestemmelser som gjennomfører fellesskapsrettsakter i den nasjonale rett, skal ha lik fortolkning og anvendelse innenfor hele EØS-området.

¹⁸³ Sejersted, 2005, side 104.

¹⁸⁴ Sak C-144/04, Mangold, Sak C-555/07, Seda Küçükdeveci. v. Swedex GmbH & Co, premiss 20 og 21.

¹⁸⁵ Se fortalen til EØS-avtalen, annet avsnitt.

5 Diskrimineringsforbudets unntak.

5.1 Unntaksadgangen etter arbeidsmiljøloven.

Verken arbeidsmiljøloven eller direktiv 2000/78/EF oppstiller et absolutt vern mot aldersdiskriminering i ansettelsesfasen.

Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (1) er direkte forskjellsbehandling på bakgrunn av alder legitim dersom den har “ *et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles og (...) er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke.*” Vilkårene som oppstilles i § 13-3 er etter ordlyden kumulative. § 13-3 samsvarer med rådsdirektivets art 6.

Av § 13-3 (2) følger at forskjellsbehandling ikke er begrenset av at den bestemte alderen er nødvendig for utøvelsen av yrke/ arbeid.¹⁸⁶ Grunnen til at unntaksadgangen er videre ved aldersdiskriminering enn for de andre diskrimineringsgrunnlagene er i forarbeidene til samlet diskrimineringslov begrunnet med at “*det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner, da slik forskjellsbehandling oftere har en saklig begrunnelse. En arbeidsgiver kan ha helt legitime grunner til å legge vekt på alder. Det er derfor behov for en regel som legger forholdene til rette for en slik praksis, samtidig som en unngår tids- og ressurskrevende tvister om adgangen til å sette aldersgrenser. Også i EU-retten har alder en særlig stilling blant diskrimineringsgrunnlagene, jf. rammedirektivets unntak for alder i artikkel 6.*”¹⁸⁷

Lovforarbeidene påpeker at det må utvises stor forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person er uegnet, eller arbeidsprestasjonen

¹⁸⁶ Se NOU 2009:14, side 202- også bemerket i Ot.prp. nr. 49(2004-2005), side 327, Ot.prp. nr.104(2002-2003), side 41.

¹⁸⁷ NOU 2009:14, pkt. 16.6.4.

er dårligere alene som en følge av vedkommendes alder, uten at dette er begrunnet i forhold knyttet til den enkelte arbeidstaker eller til typen arbeid.¹⁸⁸

Siden adgangen til saklig forskjellsbehandling er et unntak fra prinsippet om likebehandling, går det frem av forarbeidene at adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er snever.¹⁸⁹ I særkommentaren til aml § 13-3 (1)¹⁹⁰ er det vist til EU- domstolens strenge praksis med hensyn til direkte kjønnsdiskriminering og uttalt at “ *denne praksisen antas å være veiledende ved vurderingen av hva som er forskjellsbehandling etter denne bestemmelsen. Dette innebærer at unntaket som utgangspunkt skal tolkes strengt.* ”¹⁹¹ I forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven av 1977 § 54 D nr.1 er den strenge tolkningen som skal legges til grunn uttalt enda klarere.¹⁹² Der står det at “ *unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til uthulning av diskrimineringsforbudet.* ”¹⁹³ Praksis fra EU og EFTA- domstolen mht. likebehandling av kjønn er imidlertid ikke bindende for norske rettsanvendere ved tolkningen av aml kap.13.¹⁹⁴

De kumulative kravene § 13-3 oppstiller, innbyr til en konkret, skjønnsmessig vurdering.¹⁹⁵ Ikke ethvert formål vil oppfylle nødvendighetskravet.¹⁹⁶ Handlingen

¹⁸⁸ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), side 41.

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 49(2004-2005), side 327.

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 49(2004-2005), side 327.

¹⁹¹ TSTAV-2005-75777 er et eksempel på at retten i en sak om aldersdiskriminering trekker inn EU- praksis om kjønnsdiskriminering.(Henvi sning til sak C170/84, Bilka-saken)

¹⁹² Ot.prp. nr. 104(2002-2003), side 40.

¹⁹³ Ot.prp. nr. 104(2002-2003), side 40.

¹⁹⁴ Selv om rettspraksis vedrørende kjønnsdiskriminering ikke er bindende vil slike avgjørelser gjerne bli henvist til (F.eks:TSTAV-2005-75777, Ot.prp. nr. 49(2004-2005) side 327) ettersom kjønnsdiskrimineringsvernet har blitt bedre gjennomarbeidet enn aldersdiskrimineringsvernet, og mange av de samme hensyn og prinsipper antakeligvis vil gjøre seg gjeldende.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 49(2004-2005), side 327.

¹⁹⁶ NOU 2009:14, side 192.

er ikke nødvendig dersom det foreligger andre egnede måter å nå formålet på som ikke fører til forskjellsbehandling.¹⁹⁷

Kravet om saklig grunn innbefatter en rekke forhold som etter forarbeidene kan være vanskelig å angi uttømmende.¹⁹⁸ Fordommer vil ikke være saklig grunn. Begrepet saklighet er en rettslig standard. Med rettslig standard menes at hva som er saklig er relativt og vil følge samfunnsutviklingen.¹⁹⁹

Til slutt følger det av § 13-3 at forskjellsbehandlingen ikke må være uforholdsmessig inngripende overfor arbeidssøkeren. Det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Forholdsmessighetsvurderingen som arbeidsmiljøloven pålegger er i store trekk lik den proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas etter direktiv 2000/78/EF.²⁰⁰

Etter forholdsmessighetsvurderingen må det foretas en avveining mellom søkerens interesser i å bli ansatt mot behovet arbeidsgiver har for å forskjellsbehandle. Når det er tale om forskjellsbehandling i arbeidsforhold skal det etter forarbeidene generelt mye til for at forskjellsbehandlingen kan anses som forholdsmessig.²⁰¹

Etter artikkel 6 i direktivet kan statene bestemme at forskjellsbehandling på grunn av alder ikke utgjør diskriminering, dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammen av den nasjonale rett, og tiltaket som er valgt for å oppfylle formålet, er hensiktsmessig og nødvendig. Som legitime formål skal regnes de formål som er almene og sosialpolitiske, slik som beskjeftigelses- arbeidsmarkeds og erhvervutdannelsespolitiske formål.²⁰² Oppregningen er ikke uttømmende.²⁰³

¹⁹⁷ NOU 2009:14, side 192.

¹⁹⁸ NOU 2009:14, side 192.

¹⁹⁹ Gisle mfl, 2003, side 245.

²⁰⁰ NOU 2009:14, side 193.

²⁰¹ NOU 2009:14, side 193.

²⁰² Nevnt i Sak C-388/07, Age Concern. Fremgår også av artikkel 6 i direktivet.

²⁰³ Se f.eks. Sak C-388/07, Age Concern, dommens premiss 44.

I avgjørelser som gjelder unntaksadgangen etter art. 6 er det av EU-domstolen uttalt at det gjelder en vid skjønnsmargin for nasjonalstatene på dette området.²⁰⁴ Skjønnsmarginen gjelder både med hensyn til å fastlegge de formål som staten vil fremme innenfor sosialpolitikk og arbeidsliv, samt hvilke midler som best kan brukes for å nå formålene, herunder aldersdiskriminerende foranstaltninger.²⁰⁵

Skjønnsmarginen må likevel ikke være så vid at den gjør forbudet mot aldersdiskriminering illusorisk.²⁰⁶ Bedriftsmessige hensyn som bare er gunstige for den enkelte bedrift vil dermed antakeligvis ikke bli ansett legitime. Norsk praksis tyder på at domstolene er mer forsiktige med å dømme arbeidsgiver for aldersdiskriminering dersom diskrimineringen har sammenheng med en tariffavtale inngått mellom partene.²⁰⁷ Domstolene forklarer gjerne dette med at de ikke vil forrykke balansen innad i avtaleforholdet.²⁰⁸ Jeg stiller meg usikker til om frykten for å forrykke balansen i et avtaleforhold vil utgjøre et sosialpolitisk formål.²⁰⁹ EU-domstolen har likevel uttrykt at slike kollektive avtaler kan aksepteres, men understreker at slike overenskomster ikke er unntatt enhver kontroll.²¹⁰ Overenskomsten må uansett oppfylle proporsjonalitetstesten.²¹¹

Statene har etter direktivets artikkel 10 bevisbyrden for at formålene er i samsvar med direktivets bestemmelser. Bevisbyrden er streng.²¹² Den nasjonale rett er forpliktet til å undersøke den faktiske situasjon og etterprøve

²⁰⁴ Sak C 388/07, Age Concern, premiss 51, Sak C-144/04, Mangold, premiss 63, Sak C-411/05, Palacios de la Villa, premiss 68, Sak C-250/09-C-268/09, Vasil Ivanov Georgiev mot Tehniceski Universitet-Sofia filial Plodiv, premiss 50.

²⁰⁵ Også uttalt av Høyesterett i Rt-2010-202, premiss 63.

²⁰⁶ Uttalt i Sak C-144/04, Mangold, premiss 63, Sak C-411/05, Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, premiss 68 og Sak C-388/07, Age Concern, premiss 51.

²⁰⁷ Se LG-2009-41184. I tillegg til frykten for å forrykke balansen i avtaleforholdet ble det i en viss grad lagt vekt på "elementer av sikkerhetshensyn."

²⁰⁸ LG-2009-41184.

²⁰⁹ Sak C-388/07, Age Concern, uttaler seg om hva som skal anses som legitime formål.

²¹⁰ Sak C 45/09, Rosenbladt-saken, premiss 52.

²¹¹ Sak C 45/09, Rosenbladt-saken, premiss 52.

²¹² Se f.eks. Age-Concern, premiss 67. Gjentatt i Rt-2010-202, premiss 67.

om formålene som er angitt svarer til de faktiske formål.²¹³ Det er ikke tilstrekkelig at retten bare viser til lovgivers vurderinger.²¹⁴ Det er av avgjørende betydning at ordningens formål er presist angitt.²¹⁵ Statene kan ikke henvise løst til at en forordning oppfyller de krav som fremgår av art. 6.²¹⁶ Det kreves en konkret, skjønnsmessig vurdering i hver sak. Dersom nasjonal lovgiver ikke har presisert formålet med loven, må det foreligge andre elementer som gjør det mulig å identifisere at formålet er riktig.²¹⁷ Derimot kreves det ikke at formålet er kommet klart og tydelig frem i lov eller andre offisielle dokumenter. Det er tilstrekkelig at formålet kan utledes av konteksten.²¹⁸ Statoildommen kan være et eksempel på at formålet og begrunnelsen ville vært for løst angitt etter EU-domstolens praksis.²¹⁹ I denne saken anførte Statoil helt generelt at de eldre arbeidstakerne var dårligere egnet til jobben sin på grunn av deres alder. Nasjonale domstoler skal alltid tolke nasjonal rett i samsvar med direktivet, uansett om nasjonal rett er klar og alt forelå da direktivet trådte i kraft.²²⁰

I norske forarbeider er EU- domstolens praksis interpretert slik at unntaket i artikkel 6 i direktivet ikke gir rett på en individuell bedømming ved aldersdiskriminering- generell særbehandling av grupper på bakgrunn av alder kan bli akseptert.²²¹ Denne problemstillingen er vurdert av departementet i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009), i forbindelse med utredningen av 70- årsgrensen.²²²

²¹³ Se Sak C-250/ 09, Sak C-268/09, Vasil Ivanov mot Tehniceski Universitet. (Forente saker)

²¹⁴ Følger av Age-Concern-dommen.

²¹⁵ Se Sak C-250/ 09, Sak C-268/09, Vasil Ivanov mot Tehniceski Universitet, premiss 43. Den bulgariske regjeringen og universitetet hadde ikke angitt formålet presist nok.

²¹⁶ Se Sak C-250/ 09, Sak C-268/09, Ivanov mot Tehniceski Universitet, premiss 43.

²¹⁷ Se Sak C-341/08, Petersen-dommen, premiss 40, Sak 45/09, Rosenblatt, premiss 58.

²¹⁸ HR-2011-1291-A, premiss 51, Rosenblatt, premiss 58.

²¹⁹ TSTAV-2005-75777.

²²⁰ Se Sak C-341/08, Petersen-dommen.

²²¹ Sak C 411/05, Palacios de la Villa. EU- domstolen foretok en gruppetilnærming ved ulempevurderingen. Se også HR-2011-1291-A, premiss 53.

²²² Ot.prp. nr. 54 (2008-2009), side 60.

Støtte for at det er tillatt med en gruppe-tilnærming til direktivet finner departementet blant annet i EU-domstolens begrunnelser i De la Villa-saken.²²³

Artikkel 4 er direktivets generelle unntaksbestemmelse og åpner for at det kan stilles krav som er avgjørende for arbeidet eller yrket, dersom kravet har et saklig formål og ikke virker uforholdsmessig. Et eksempel på dette finner vi gjennom særaldersgrenser for å utøve visse yrker.²²⁴

I Mangold-saken²²⁵ er det gitt en kortfattet uttalelse om proporsjonalitetsprinsippet, med en henvisning i avsnitt 65 til Lommers-saken.²²⁶ I Lommers-saken avsnitt 39 refereres det til andre eldre avgjørelser og sies at det “...følger av fast rettspraksis at ved fastleggelsen av ethvert unntak fra en individuell rettighet,...må det tas behørig hensyn til proporsjonalitetsprinsippet, som krever at unntakene ikke må gå videre enn det som er passende(rimelig) og nødvendig for å nå det målet som tilsiktes, og at prinsippet om likebehandling skal ivaretas så langt som mulig sammen med de krav som følger av det målet som søkes nådd...”

Kravene om hensiktsmessighet og nødvendighet i proporsjonalitetsvurderingen gjenspeiler fellesskapsrettens ulovfestede forholdsmessighetsprinsipp.²²⁷ Et eksempel på at proporsjonalitetskravet ikke var oppfylt er den nylig avsatte Lufthansa-dommen.²²⁸ EU-domstolen kom til at et absolutt flyforbud for piloter på 60 år ikke er rimelig for å nå sikkerhetsmessige mål ettersom aldersgrensen i øvrig luftfart er på 65 år.

²²³ Sak C-411/05, Palacios de la Villa. Høyesterett sa seg i Rt-2010-202, premiss 65 enige i denne tilnærmingen til direktivet.

²²⁴ Et eksempel på en slik aldersgrense følger av losloven, lov nr.59 1989. Etter § 19 må man være under 38 år for å søke stilling som los.

²²⁵ Sak C-144/04, Mangold.

²²⁶ Sak C 476/99, Lommers-saken, premiss 39.

²²⁷ EU-domstolen gir uttrykk for et slikt prinsipp i Sak C-144/04, Mangold, premiss 65.

²²⁸ Sak C-447/09, Deutsche Lufthansa AG – Prigge mf.

5.2 Samlet vurdering av hva domstolene hensyntar ved rettferdighetsvurderingen.

Av EU-praksis ser en i likhet med norsk praksis en tendens til at domstolene noen ganger tar noe lett på den proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas etter direktiv 2000/78/EF. I Colin Wolf-saken som omhandlet aldersgrense for ansettelse som brannmann, kom EU-domstolen til at en aldersgrense på 30 år for ansettelse var lovlig etter direktivet.²²⁹ Det fremheves i litteraturen at EU-domstolens begrunnelse er spinkel.²³⁰ Domstolen foretar ikke en tilstrekkelig detaljert drøftelse av om aldersgrensen kan anses begrunnet, proporsjonal og nødvendig. Det er selvsagt riktig at brannmenn må oppfylle høye fysiske krav, og at fysikk og alder i en viss grad hører sammen. Det avgjørende spørsmålet må likevel være om det finnes en alternativ og mindre restriktiv måte å oppnå at brannmennene oppfyller kravene. Domstolen foretar en relativt generell tilnærming til de spørsmålene som ble forelagt av generaladvokaten, uten at detaljene og kompleksiteten i rettferdiggjørelsen kommer klart frem.²³¹ Hvorfor er det eksempelvis ikke tilstrekkelig med en grense på 35 år? Denne dommen taler for at aldersgrenser for ansettelse i stor grad vil bli akseptert etter direktivet. Når domstolene kvier seg for å foreta en grundig gjennomgåelse av proporsjonaliteten vil diskrimineringsvernet i ansettelsesfasen svekkes. I den nylig avsagte Lufthansa-dommen drøfter som nevnt EU-domstolen proporsjonalitetskravet mer inngående.²³²

Premiss 23 i sak C-341/08 går i en mer negativ retning for diskrimineringsvernet.²³³ Saken handlet om at tannleger ikke fikk være tilknyttet den offentlige sykeforsikringen etter fylte 68 år. En av grunnene bak denne regelen var at pasientene skulle beskyttes for det tilfellet tannlegens yteevne

²²⁹ Sak C-229/08, Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main.

²³⁰ Hack, Nytt i privatretten, Nummer 1, 2010, side 7 og 8.

²³¹ Hack, Nytt i privatretten, Nummer 1, 2010, side 7 og 8.

²³² Sak C-447/09, Deutsche Lufthansa AG – Prigge mf.

²³³ Sak C- 341/08, Petersen-dommen.

ikke lenger var optimal.²³⁴ EU-domstolen understreker i denne saken at det ikke er nødvendig med en individuell undersøkelse av den mentale og fysiske yteevnen til tannlegene. Lovgiver står fritt etter direktivet til å utstede generelle regler på grunnlag av erfaringsbaserte data.²³⁵

Også i sakene C- 250/09 og 268/09 ble en aldersgrense på 68 år ansett legitim. I sak C-411/05 ble en aldersgrense på 65 år akseptert. Det understrekes at det ikke er urimelig med aldersgrenser for å fremme de yngres muligheter i arbeidsmarkedet.²³⁶ I vurderingen av om aldersgrensen er hensiktsmessig kan det legges vekt på om den eldre arbeidstakeren har fått anledning til å opptjene rett til økonomisk kompensasjon.²³⁷ Dette synspunktet taler for at det i hensiktsmessighetsvurderingen i ansettelsesfasen kan vektlegges om den eldre søkeren i motsetning til den yngre vil ha krav på pensjon.²³⁸

Det har blitt fremhevet at statene har en vid skjønnsmessig margin for hvordan de vil forfølge formålene. Den enkelte stats myndigheter, sammen med arbeidslivets parter, har stor frihet til å velge formål og tiltak for å bedre sosialpolitikken og sysselsettingen.²³⁹ Det vil med andre ord være akseptabelt å innføre aldersgrenser mht. å bli ansatt i en stilling ut fra eksempelvis sysselsettingspolitiske formål. I sak C-341/08 fremheves det at formålet må være sikret på en sammenhengende og systematisk måte. Unntak fra formålet kan bare aksepteres dersom de er av midlertidig karakter og av begrenset rekkevidde.²⁴⁰

²³⁴ Dommens premiss 23.

²³⁵ Dommens premiss 23.

²³⁶ Sak C-250/09, Sak C-268/09, Ivanov-dommen, premiss 51.

²³⁷ Sak C-250/09, Sak C-268/09, Ivanov-dommen, premiss 54. Jf. i samme retning C-411/05, Palacios de la Villa, premiss 73.

²³⁸ HR-2011-1291-A, premiss 61, Rosenbladt-dommen, premiss 44.

²³⁹ Sak C-411/05, Palacios de la Villa.

²⁴⁰ Sak C-341/08, Petersen-dommen, premiss 61.

Hensynet til en klar og forutberegnelig rettstilstand vektlegges også i vurderingen av om en foranstaltning er legitim etter direktivet.²⁴¹

Det avgjørende er likevel hvorvidt formålet kan nås på en mindre inngripende måte.²⁴²

²⁴¹ Sak C-388/07, Age Concern.

²⁴² Sak C-144/04, Mangold.

6 Beviskrav og prosessrettslige problemstillinger.

Som nevnt tidligere i avhandlingen er det ofte lite gjennomsiktighet og kontroll med evalueringsprosessen arbeidsgiver foretar i ansettelsesprosessen. Siden diskriminering i ansettelsesprosessen kan være vanskelig å synliggjøre er det viktig for diskrimineringsforbudets rekkevidde at bevisbyrden ikke er for streng for arbeidssøker.

Med unntak av den forannevnte tingrettsdommen fra Nordmøre tingrett²⁴³ foreligger det ikke norske rettsavgjørelser som spesielt omhandler diskriminering i ansettelsesfasen. Dette på tross av at det kan ramme arbeidssøkeren hardt økonomisk og personlig dersom han blir en uaktuell kandidat på grunn av sin alder. En av årsakene til at det foreligger få avgjørelser kan være at arbeidssøkeren antar at saken hans ikke vil føre frem, og at de potensielle omkostningene vil kunne bli for store.

6.1 Delt bevisbyrde.

Etter alminnelige prosessrettslige regler i norsk rett er hovedregelen at saksøker har bevisbyrden. Tvil om faktum vil normalt gå i saksøkers disfavør.²⁴⁴ Fra denne hovedregelen er det mange unntak. Et slikt unntak følger av direktiv 2000/78/EF artikkel 10 første ledd. Etter denne bestemmelsen skal bevisbyrden være delt.

I likhet med direktiv 2000/78/EF oppstiller også arbeidsmiljøloven delt bevisbyrde. Hovedformålet bak delt bevisbyrde i arbeidslivet er å sikre en effektiv håndheving av diskrimineringsforbudet.²⁴⁵ Av aml § 13-8 går det frem at det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet

²⁴³ Sak 10-074918TVI-NOMO.

²⁴⁴ Blant annet uttalt i Ot.prp. nr.77(2000-2001), pkt.12.2.

²⁴⁵ Ot.prp. nr. 77(2000-2001), side 90,91. Vist til fra forarbeidene til § 13-8.

sted dersom arbeidssøkeren fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro det motsatte. For å oppfylle beviskravet i § 13-8 må arbeidssøker oppstille en presumsjon for at diskrimineringsforbudet er overtrådt, grunnløse påstander vil ikke føre frem.²⁴⁶ Det er ikke krav om at diskriminerende hensikt må bevises.²⁴⁷ Fra arbeidsgiverens side er det tilstrekkelig med vanlig sannsynlighetsovervekt.²⁴⁸ Fra arbeidstakerens side stilles det ikke krav om sannsynlighetsovervekt.²⁴⁹ § 13-8 er en videreføring av aml § 54I fra 1977 og skal tolkes tilsvarende.²⁵⁰

Ettersom ansettelsesprosessen kan være uoversiktlig vil delt bevisbyrde kunne hjelpe den diskriminerte arbeidssøkeren til å få en reell prøving for håndhevingsorganene. Delt bevisbyrde vil også innebære en oppfordring til arbeidsgiver om å ha gode rutiner og en ryddig saksbehandling ved ansettelser, noe som kan føre til at en eventuell sak blir bedre opplyst. Arbeidsgiver vil som regel også ha best oversikt i saken. Dette gjelder særlig for ansettelsesprosessen, der arbeidstaker har liten eller ingen oversikt over hvilke kriterier arbeidsgiver har vektlagt i sin vurdering.

I likestillingsloven oppstilles det også krav om delt bevisbyrde. I forarbeidene til likestillingsloven²⁵¹ er det sagt om delt bevisbyrde at en påstand om ulovlig forskjellsbehandling må ha forankring i ytre omstendigheter.²⁵² Slike ytre omstendigheter trenger ikke være skriftlige bevis eller vitneutsagn. Det kan

²⁴⁶ Ot.prp. 49(2004-2005), side 329.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 104(2002-2003), side 50, pkt.8.9. Ordlyden og hensynet bak delt bevisbyrde- å styrke diskrimineringsvernet- taler for å holde dette holdepunktet. Det ville være vanskelig å måtte bevise hensikt i slike saker.

²⁴⁸ Det vil si at arbeidsgiver må bevise med mer enn 50 % sannsynlighetsovervekt at diskriminering ikke har skjedd, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 329.

²⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 329.

²⁵⁰ Ot.prp. nr. 104(2002-2003), side 50, pkt.8.9.

²⁵¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001).

²⁵² Ot.prp. nr.35 (2004-2005) side 57, etter Hellum og Ketscher, 2008, side 329.

være tilstrekkelig at hendelsene sett i sammenheng gir tilstrekkelig bevisgrunnlag.²⁵³

Til illustrasjon over hvordan nemndspraksis anser bevisproblematikken kan nevnes en sak fra Likestilling og diskrimineringsnemnda fra 2007.²⁵⁴ Denne saken omhandlet riktignok diskriminering på bakgrunn av fødselspermisjon, men det er grunn til å tro at nemnda vil legge samme beviskrav til grunn ved mistanke om diskriminering på bakgrunn av alder. Nemnda uttalte dette om beviskravene i forhold til kvalifikasjonskriteriet personlige egenskaper:

“En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdannelse, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har likevel anledning til å legge vekt på personlige egenskaper ved ansettelse, men i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går frem av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises. På hvilken måte dette gjøres av arbeidsgiveren, må være opp til denne.”

Denne uttalelsen viser at det stilles visse krav også til dokumentasjonen av personlige egenskaper.

Et annet forhold som kan være med på å lette bevisbyrden for arbeidssøker, er reglene i diskrimineringsombudsloven.²⁵⁵ Etter diskrimineringsombudsloven § 11 kan ombudet og nemnda kreve at også andre enn klageren og arbeidsgiveren legger frem opplysninger som har bevisverdi for saken. Dette

²⁵³ Delt bevisbyrde strekker seg ikke like langt som omvendt bevisbyrde. Et eksempel på omvendt bevisbyrde er aml § 15-14. Etter denne bestemmelsen er det arbeidsgiver som har den fulle bevisbyrden for at oppsigelse eller avskjed er rettmessig.

²⁵⁴ Sak LDN-2007-6.

²⁵⁵ Lov av 10.juni 2005 nr.40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

gjelder eksempelvis de som har vitneplikt etter tvisteloven og offentlige myndigheter.

7 Likestillings og diskriminerings-nemnda og ombudet.

Ettersom det er lite rettspraksis vedrørende ansettelsesdiskriminering kan det være interessant å se på et utvalg uttalelser fra andre håndhevingsorganer. Dette for å få en pekepinn på hvordan diskriminering i ansettelsesfasen vil bedømmes, for det tilfelle det skulle komme opp til vurdering for domstolene. Selv om rettskildevekten til Likestillings -og diskrimineringsombudet og nemnda er begrenset, vil det likevel være gunstig å gjennomgå noen foreliggende uttalelser da disse klageorganene har høy juridisk kompetanse og har avsagt flere saker om emnet.²⁵⁶

Noen av sakene som har kommet opp for Likestillings-og diskriminerings(LDN)-nemnda og ombudet dreier seg om ulovlig vektleggelse av alder i utlysningen av ledige stillinger. Eksempelvis hadde en arbeidsgiver i LDN-2006-10 annonsert etter "*dame 30-50 år*". Et annet eksempel er saken LDN-2007-3 der reisebyrået Kilroy Travels hadde søkt etter personal i alderen 22-30 år. LDN-nemnda uttalte i begge tilfeller at det ikke fantes saklig grunn for aldersbegrensningene og at aldersdiskriminering forelå. Lignende saker har også vært oppe for LDN-ombudet med samme utfall. Et eksempel er sak 10/1242 der en bedrift søkte etter lagermedarbeidere i alderen 28 til 35 år.²⁵⁷ Selv om lagerarbeid er hardt fysisk arbeid uttaler ombudet at en slik annonse ikke er akseptabel. Annonsen var også diskriminerende fordi det stod oppgitt at "*dagens ansatte er i alderen 27-44 år.*" På tross av at det i en slik opplysning ikke var satt absolutte alderskrav, ville opplysningen likevel gi et signal til søkerne om at bedriften foretrakk søkere innenfor det oppgitte aldersspennet. Søkermassen ville dermed bli begrenset ved at kvalifiserte søkere utenfor den aktuelle aldersgruppen ville unnlate å søke. Ombudet la til grunn samme vurdering i sak 07/33²⁵⁸, da Utenriksdepartementets annonsering etter kandidater mellom 25 og 32 år til aspirantskolen ikke ble akseptert.

²⁵⁶ Eckhoff, 2007, side 230 flg.

²⁵⁷ Uttalelse avsagt 20/7-2010.

²⁵⁸ Uttalelse fra 29/5- 2007.

Departementet fikk heller ikke skrive at søkerne erfaringsmessig pleide å være mellom 25 og 32 år.

Både nemnda og ombudet er strenge i bedømmingen av aldersgrenser i stillingsannonser. Dette er ikke overraskende da slike annonser er direkte diskriminerende mot arbeidssøkere i ansettelsesfasen. Ombudet og nemnda nevner i sakene bare helt kort at slik diskriminering ikke anses som saklig. I de overnevnte sakene nevner ikke nemnda EU-retten. I saker der det er mer uklart om det foreligger diskriminering i ansettelsesfasen henvises det gjerne til EU-retten og direktiv 2000/78/EF.²⁵⁹

For å bedømme om det foreligger diskriminering av eldre arbeidssøkere i ansettelsesprosessen har ombudet uttalt at forholdene ved ansettelsesprosessen må ses i sammenheng.²⁶⁰ Utvelgelse av søkere som skal kalles inn på intervju skal baseres på kvalifikasjoner, uavhengig av alder.²⁶¹ Unntak godtas bare dersom det er nødvendig utfra et saklig formål knyttet til stillingens innhold.²⁶² Hensynet til en fornuftig alderssammensetning kan etter ombudets mening utgjøre saklig grunn til forskjellsbehandling.²⁶³

I forhold til vektleggingen av personlige egenskaper i ansettelsesprosessen er verken formell utdanning eller ansiennitet alene avgjørende.²⁶⁴ Kvalifikasjonsvurderinger i ansettelsesprosessen må følge en toleddet prosess.²⁶⁵ Arbeidsgiver skal først vurdere formelle kvalifikasjonskrav som er oppstilt i utlysningsteksten eller lovverket. Andre forhold, som personlige egenskaper, er deretter relevant og kan være utslagsgivende blant de kandidatene som er formelt kvalifisert. Dersom personlige egenskaper etter

²⁵⁹ http://www.ldo.no/Global/27632_1_A.pdf(19.04.11)

²⁶⁰ Sak 09/1583, uttalelse av ombudet fra 8. mars 2010.

²⁶¹ Sak 09/1583.

²⁶² Sak 09/1583.

²⁶³ Sak 07/1539.

²⁶⁴ Sak 07/1539, uttalelse av ombudet fra 3. januar 2008.

²⁶⁵ Sak 07/1539.

arbeidsgivers vurdering veier tungt i en ansettelsesprosess er det viktig med god dokumentasjon av hva som er vektlagt.²⁶⁶ Ombudet har uttalt at det kan bli ansett uforholdsmessig overfor en eldre arbeidssøker dersom arbeidsgiver ved tilsettingen fraviker formelle kvalifikasjonskrav etter utlysningsteksten.²⁶⁷

Ombudet oppstiller samme krav som domstolene til at arbeidsgiver må sannsynliggjøre gjennom en konkret begrunnelse at diskriminering i ansettelsesprosessen er nødvendig.²⁶⁸

²⁶⁶ Sak 07/1539.

²⁶⁷ Sak 07/1539.

²⁶⁸ Sak 07/1539.

8 Aldersgrensers betydning for diskriminering i ansettelsesfasen.

Aldersgrenser vil ha en avgjørende betydning for en eldre arbeidssøkers muligheter til å bli vurdert som aktuell kandidat i en ansettelsesprosess. I norsk lovgivning finnes det med få unntak ikke lovgivning som regulerer aldersgrenser for ansettelse spesielt.²⁶⁹ Selv om det formelt ikke finnes aldersgrenser for ansettelser, trenger ikke den norske realiteten å være så langt fra den rettstilstanden som for eksempel fremgår av Colin Wolf-saken. I Norge har vi ikke en slik aldersgrense for brannmenn som i Colin Wolf-saken. Likevel står det anført på Oslo kommune, brann og redningsetatens hjemmesider at desto nærmere en søker er kjernealderen på 24-30 år, desto større er sjansen til å få jobb.²⁷⁰ Videre står det at det *“er verdt å merke seg at de fleste av rekruttene er i alderen 24 – 28 år.”*²⁷¹ Dette utsagnet illustrerer at selv om det ikke er lovregulerte aldersgrenser på en arbeidsplass, kan eldre søkere likevel risikere å stille svakt i en ansettelsesprosess.²⁷²

Dersom en arbeidssøker nærmer seg eller er over en aldersgrense som regulerer oppsigelse, vil han med stor sannsynlighet bli utelukket fra den videre ansettelsesprosessen og miste sine sjanser til ansettelse, for det tilfellet han skulle ønske å søke seg ny jobb. Argumentasjonen blir den samme i forhold til

²⁶⁹ Et unntak fremgår av Losloven § 19 som krever at man må være under 38 år for å søke stilling som los. Denne grensen må likevel anses saklig fordi Likestillings- og diskrimineringsutvalget har uttalt at for særlige rekrutterings og utdanningsstillinger må det være lovlig med aldersgrenser. Lærestedene har behov for å investere i kompetanse, som er tidkrevende og kostbart, jf. NOU 2009:14, punkt 16.6.4. Som los stilles det høye krav til godt syn og fysisk form, noe som også kan være noe av begrunnelsen til aldersgrensen. Sikkerhetsmessige hensyn gjør seg gjeldende.

²⁷⁰ http://www.brann-og-redningsetaten.oslo.kommune.no/jobb_hos_oss/hvem_er_du_hva_tilbyr_vi/ (08.04.11)

²⁷¹ http://www.brann-og-redningsetaten.oslo.kommune.no/jobb_hos_oss/hvem_er_du_hva_tilbyr_vi/ (08.04.11)

²⁷² <http://seniorpolitikk.custompublish.com/onsker-ikke-brannmenn-over-26-.4468586.html> (08.04.11)
Kristiansand kommune søkte etter brannmenn under 26 år. Uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet.

å benytte alder som utvelgelseskriterium i ansettelsesfasen som å bruke alder som oppsigelsesgrunn i slutfasen.

Det foreligger flere aldersgrenser som regulerer når en arbeidstaker mister oppsigelsesvernet.²⁷³ De to reglene i forbindelse med aldersgrenser som kanskje har vært mest omdiskutert er aml § 15-13a(1) og sjømannsloven § 19 nr. 1 (6). Av aml § 15-13a(1) følger det antitetisk at det er saklig å si opp en arbeidstaker på grunn av alderen hans dersom han har fylt 70 år. Av sjømannsloven følger det at det er saklig å si opp en sjømann etter fylte 62 år. Arbeidsmiljølovens grense på 70 år er i forarbeidene forsøkt rettferdiggjort som et saklig unntak fra aldersdiskrimineringsforbudet, jf. arbeidsmiljølovens unntaksadgang i aml § 13-3.²⁷⁴ Sjømannslovens aldersgrense må i likhet rettferdiggjøres etter sjømannslovens § 33B, som i stor grad tilsvarende unntaksbestemmelsen i aml § 13-3.

Av aml § 15-13 a andre punktum følger det at aldersgrenser også kan følge av annet grunnlag enn lovgivning. Med annet grunnlag menes arbeidsavtale, tariffavtale, arbeidsreglement og bedriftspensjonsordning.²⁷⁵

Det følger av unntaksbestemmelsene at aldersgrensene både i sjømannsloven og arbeidsmiljøloven bare er lovlige dersom de er forholdsmessige, saklige og nødvendige.²⁷⁶

Et hensyn som lovgiver gjerne bruker for å opprettholde aldersgrenser er at det er behov for en viss utbytting av arbeidstakere for å slippe yngre krefter til.²⁷⁷

²⁷³ Lov om personell i forsvaret § 5 og § 9, Lov om pensjonsordning for ballettdansere, sangsolister og korsangere ved Den Norske Opera & Ballett § 3(Pensjonsalder er 41 for ballettdansere, 52 for sangsolister og 56 for kor-sangere), Aldersgrenseloven § 2- vanlige avgangsalderen er 70 år i staten. Unntak finnes- eksempelvis forskrift 2001-01-05 nr.04 om aldersgrenser for sykepleiere mv.(Sykepleiere kan gå av ved 65 år.)

²⁷⁴ 70 års grensen er tatt opp til vurdering i Ot.prp. nr. 104(2002-2003), Ot.prp. nr. 49(2004-2005) og Ot.prp. nr. 54, (2008-2009).

²⁷⁵ Ot.prp. nr. 54, (2008-2009), side 86.

²⁷⁶ Hva som ligger i disse vilkårene er gjennomgått tidligere i kapittel 5.

Dette hensynet veier imidlertid ikke særlig tungt i dag. I Norge har vi for tiden et godt arbeidsmarked med lav arbeidsledighet.²⁷⁸ De fleste nyutdannede vil klare å få seg en jobb. I tillegg legger som nevnt politikerne opp til at de eldre skal stå lenger i arbeid for å unngå mangel på arbeidskraft og høye pensjonsutbetalinger.²⁷⁹ I tider med høy ledighet kan det virke mer rettferdig at eldre arbeidstakere, med rett på pensjonsutbetalinger fra staten, i noen grad må gjøre plass for yngre arbeidstakere som ikke har slike lovfestede rettigheter.²⁸⁰

Lovfastsatte og aksepterte aldersgrenser gjør at arbeidsforholdet blir mer forutsigbart. Dermed er det mindre sjanse for at arbeidsforholdet fører partene ut i konflikt. Arbeidstakeren slipper også å forklare overfor andre arbeidskollegaer hvorfor han slutter.

Et annet hensyn som hevdes å tale for aldersgrenser er at de eldre arbeidstakerne skal slippe belastningen ved å ikke holde mål dersom de har et fysisk krevende arbeid. De skal få en verdig avgang.²⁸¹ Dette hensynet kan etter min mening ikke rettferdiggjøre diskriminering av eldre arbeidstakere. Også yngre arbeidstakere vil oppleve å ikke holde mål. Å være uerfaren på en arbeidsplass kan også være belastende. Dersom en arbeidsgiver er misfornøyd med en eldre arbeidstaker bør arbeidsgiver heller gå til vanlig oppsigelse av den uegnede arbeidstakeren etter aml § 15-7.

²⁷⁷ Dette hensynet ble bla. fremhevet i EU-domstolens Sak C-411/05, Palacios de la Villa, premiss 58, 64, 66. Er også brukt som et argument for 70 års grensen, HR-2011-1291-A.

²⁷⁸ I løpet av mars 2011 ble det 2 500 færre arbeidsledige, viser sesongjusterte tall fra NAV. For fjerde måned på rad har ledigheten falt og 2,9 prosent av arbeidsstyrken er nå ledig.
%.<http://www.nav.no/Om+NAV/Tall+og+analyse/Arbeidsmarked/Klart+fall+i+ledigheten.273937.cms>
(18.04.11)

²⁷⁹ Noen av formålene ved pensjonsreformen er nevnt i Ot.prp. nr. 37(2008-2009), punkt 1.1.

²⁸⁰ Disse hensynene er også behandlet i Ot.prp. nr. 54(2008-2009), side 60 flg.

²⁸¹ Ot.prp. nr. 49(2004-2005), pkt.15.2.5, nevnt som et hensyn bak 70 års grensen i Ot.prp. nr.54(2008-2009), side 60.

Ettersom det nok kreves mer arbeid for å holde seg i form etter hvert som man blir eldre, er det selvsagt en mulighet for at en eldre arbeidstaker vil være i dårligere form enn en yngre. Denne sannsynligheten kan imidlertid ikke rettferdiggjøre diskriminering av de eldre som en gruppe. Til sammenligning er nok jenter potensielt fysisk svakere enn gutter, men dette argumentet blir ikke akseptert som grunnlag for å forhindre jenter i å bli og forbli ansatt i fysisk krevende stillinger.

Sikkerhetsmessige hensyn blir også ofte vektlagt som argument for en aldersgrense.²⁸² Dette er etter norsk praksis et akseptabelt argument.²⁸³ Likevel er det sjelden at det går frem av forarbeidene til lovene at det har blitt tatt stilling til mindre inngripende metoder enn å vedta en sjablonmessig aldersgrense.²⁸⁴

Etter min mening er begrunnelsene bak aldersgrensene basert på stereotypiske holdninger og således i strid med diskrimineringsforbudet. Etter at EU-domstolen aksepterte en 30-års grense for tiltredelse som brannmann i Colin Wolf-dommen, er det likevel ytterst tvilsomt om noen av aldersgrensene i norsk lovgivning kan sies å stride mot den tolkningen av aldersdiskrimineringsforbudet EU-domstolen nå ser ut til å legge til grunn. Colin Wolf-dommen taler for at EU-domstolen aksepterer relativt spinkle og lite velbegrunnede aldersgrenser.²⁸⁵ Age Concern-dommen, Colin Wolf-dommen og ytterligere EU-praksis gjennomgått tidligere taler som sagt for at aldersdiskrimineringsforbudet har relativt liten realitet all den tid EU-domstolen er så forsiktig med å gå inn i medlemsstatenes avveininger. Et unntak er den nevnte "Lufthansa-dommen",²⁸⁶

²⁸² Sikkerhetshensyn var blant annet påberopt i Kystlink-saken som begrunnelse for sjømannsloven § 19, premiss 67,68,69. Fremgår som et hensyn av forarbeidene til sjømannsloven- Ot.prp. nr. 26(1984-1985).

²⁸³ I Rt-2010-212, premiss 68 uttaler høyesterett at det ikke kan være tvil om at sikkerhetshensyn er saklige hensyn etter direktivets artikkel 6.

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 26(1984-1985).

²⁸⁵ Noen saker styrker likevel diskrimineringsvernet: Sak C-88/08, Hütter-saken- aldersdiskriminerende å ikke ta med arbeidsperioder før fylte 18 år i beregningen. Sak C-555/07- Aldersdiskriminerende at arbeid gjort før 25 år ikke tas med i beregningen av avskjedsfristen.

²⁸⁶ Sak C-447/09, Deutsche Lufthansa AG – Prigge mf.

der EU-domstolen mer inngående vurderer hensiktsmessigheten med en absolutt aldersgrense.

8.1 Fremtidig utvikling.

Mye tyder på at det ikke vil skje umiddelbare fremtidige forandringer til fordel for eldre arbeidssøkere i ansettelsesfasen.

Aldersgrenser er tatt opp som et tema senest i forslaget til en samlet diskrimineringslov.²⁸⁷ Lovforslaget innebærer at bestemmelsen om forbud mot aldersdiskriminering i sjømannsloven kap. IIa og aml kap. 13 oppheves og erstattes av en ny og samlet diskrimineringslov.²⁸⁸ Vernet mot aldersdiskriminering skal enda bare gjelde på arbeidslivets område.²⁸⁹ Selv om forslaget ikke reelt sett utgjør forarbeider til arbeidsmiljøloven, vil forslaget ha vekt ved vurderingen av aldersgrenser og ansettelsesdiskriminering, da det gir en pekepinn på hvordan lovgiver ser for seg utviklingen av diskrimineringsforbudet.²⁹⁰

Av lovforslagets § 5 følger det at *“Generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale som er begrunnet i saklige formål, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering etter § 4.”*²⁹¹ Dette tillegget finnes ikke i det nåværende diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven.

Av forarbeidene følger det videre at utvalget mener at *“det må kunne legges til grunn en formodning om at en aldersgrense som følger av vedtatt lov eller forskrift eller av at arbeidslivets parter har forhandlet frem en tariffavtale, er saklig begrunnet i sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn, helse, sikkerhet*

²⁸⁷ NOU 2009:14.

²⁸⁸ NOU 2009:14, pkt.28.3.

²⁸⁹ NOU 2009:14, pkt. 26.2.

²⁹⁰ Det er henvist til NOU 2009:14 fra arbeidsmiljøloven (forarbeider) på lovdata.no.

²⁹¹ NOU 2009:14, punkt 26.

eller rekrutterings- og utdanningshensyn”.²⁹² Utvalget anfører videre at “det ikke er hensiktsmessig å legge opp til at det skal kunne stilles spørsmål ved alle slike aldersgrenser gjennom saksanlegg og overprøving av ombudet, nemnda eller domstolene. Resultatet vil i de fleste tilfeller likevel måtte bli at forskjellsbehandlingen er saklig. Utvalget mener at lovgiver eller partene i arbeidslivet er nærmere enn ombudet, nemnda eller domstolene til å vurdere om en aldersgrense er godt nok begrunnet.”²⁹³

Hovedårsaken til at diskrimineringslovsutvalget ønsker unntak for saklige aldersgrenser er fordi ressurskrevende tvister skal unngås.²⁹⁴ Det kan være grunn til å stille seg kritisk til utvalgets bemerkninger om at det ikke er hensiktsmessig å prøve alle aldersgrensers legitimitet siden en slik prøving *i de fleste* tilfeller vil resultere i at forskjellsbehandlingen er saklig. En slik begrunnelse vil neppe rettferdiggjøre aldersdiskriminering, snarere tvert imot. For den arbeidstakeren som har blitt diskriminert i en ansettelsesprosess vil det være en fattig trøst at han *i de fleste* andre tilfeller ikke vil oppleve diskriminerende aldersgrenser.

Det må videre anses tvilsomt om utvalgets generelle tilnærming til lovfastsatte aldersgrenser vil oppfylle de krav proporsjonalitetsvurderingen i 2000/78/EF legger opp til. Av Age Concern-dommen følger det at lovgivers vurdering av bestemmelsens forholdsmessighet ikke skal legges uprøvd til grunn. Også av Kystlink-dommen følger det at lovfastsatte aldersgrenser skal prøves av domstolene, men at lovgiver har en vid skjønnsmargin.

Diskrimineringsutvalget sier riktignok at aldersgrenser som ikke er vedtatt i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale vil være diskriminerende dersom de ikke er begrunnet i et saklig formål.²⁹⁵ Det åpnes likevel opp for at ytterligere

²⁹² NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

²⁹³ NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

²⁹⁴ NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

²⁹⁵ NOU 2009:14, punkt 16.6.4.

aldersgrenser kan fastsettes dersom rettstilstanden har for svak forutsigbarhet, eller grensene for forskjellsbehandlingen er for snevre. Adgangen til å oppstille aldersgrenser vil dermed ikke bli snevrere med den nye diskrimineringsloven dersom den blir vedtatt.

EU-kommisjonen har fremmet et forslag til et nytt direktiv om likebehandling. Direktivet nedfeller et forbud mot diskriminering på flere grunnlag, deriblant alder.²⁹⁶ I dette direktiv-forslaget eksisterer det ikke en lignende regulering av aldersgrenser som i diskrimineringsutvalgets forslag til ny diskrimineringslov.²⁹⁷

Det foreslåtte direktivet skiller seg fra dagens diskrimineringsvern da diskrimineringsforbudet også skal gjelde utenfor arbeidslivets område, jf. artikkel 1 og artikkel 3. Det foreslåtte nye direktivet vil ikke omfattes av EØS-avtalen.²⁹⁸ Spørsmålet om direktivet likevel skal tas inn som del av EØS-avtalen vil bli vurdert av EFTA-landene. Aldersgrenser vil være lovlige etter direktiv-forslaget dersom forskjellsbehandlingen etter nasjonal rett har et saklig formål, og midlene som er valgt er egnede og nødvendige for å realisere formålet.²⁹⁹ Direktivet er omstridt, og det vil sannsynligvis ta lang tid før det blir vedtatt.³⁰⁰

²⁹⁶ KOM(2008) 426 endelig, art 1.

²⁹⁷ KOM(2008) 426 endelig, art 2 nr.6.

²⁹⁸ NOU 2009:14, punkt 4.6.5.

²⁹⁹ KOM (2008) 426 endelig, art 2 nr.6.

³⁰⁰ EU-delegasjonen, Arbeids- og sosialpolitiske utviklingstrekk i EU og EØS-samarbeidet, september 2008 - april 2009.

9 Positiv diskriminering av eldre arbeidssøkere.

Som jeg har vist i denne avhandlingen er det liten tvil om at arbeidssøkere kan møte arbeidsgivere med negative holdninger til eldre.

Siden de blir sett på som en gruppe som stiller svakere enn andre grupper i arbeidslivet har lovgiver vedtatt regler som både skal beskytte de eldre, samt øke de eldre arbeidstakernes motivasjon til å jobbe lenger. Disse reglene kan i ulik grad oppfattes som en belastning av arbeidsgiveren. Ettersom yngre arbeidstakere ikke umiddelbart har rett på de samme fordelene blir spørsmålet om slike regler styrker de eldres muligheter på arbeidsplassen, eller om de tvert imot støtter opp om uheldige forestillinger om eldre arbeidstakere som en svak gruppe med særegne behov.

9.1 Retten til redusert arbeidstid for de over 62 år.

I juli 2008 fikk arbeidstakere over 62 år rett på redusert arbeidstid. Denne retten er regulert i arbeidsmiljøloven § 10-2(4). Retten til redusert arbeidstid henger sammen med det nye pensjonssystemet med større frihet til å kombinere arbeid og pensjon, og gir arbeidstakeren en mulighet til gradvis nedtrapping av arbeidsbyrden frem mot pensjonering.

Alderen er et objektivt vilkår etter § 10-2(4), det kreves ikke annen begrunnelse enn at arbeidstakeren er fylt 62 år. Likevel følger det av regelen at vedkommende bare har rett på redusert arbeidstid dersom reduksjonen ikke medfører vesentlig ulempe for bedriften. I den interesseavveiningen som skal foretas vil det nok gagne den eldre arbeidstakeren dersom han har begrunnet sitt ønske om redusert arbeidstid.

Selv om regelen er positiv for arbeidstakeren, kan den få en negativ bismak for arbeidsgiver. Det er ikke nok for arbeidsgiver å påvise en generell ulempe.³⁰¹ Arbeidsgiver må legge forholdene til rette for at ulempene blir minst mulig. Det er videre arbeidsgiver som må anses å ha bevisbyrden for at det foreligger vesentlig ulempe.³⁰²

9.2 Tilrettelegging.

Etter aml § 4-6 har arbeidsgiver en plikt til å tilrettelegge arbeidssituasjonen dersom arbeidstakeren har redusert arbeidsevne som en følge av slitasje, sykdom mv. En stereotypisk oppfatning er vel at de eldre har større risiko for å bli syke enn yngre arbeidstakere.

9.3 Oppsigelsestid.

Arbeidstakere over 50 år har etter aml § 15-3 krav på lenger oppsigelsestid enn yngre arbeidstakere. Dersom en arbeidstaker har jobbet i minst ti år i en bedrift øker oppsigelsestiden ettersom arbeidstakeren er 50, 55 eller over 60 år. Det vil si at det vil være vanskeligere for arbeidsgiver å bli kvitt en eldre arbeidstaker. En naturlig følge blir dermed at det også kan bli mindre attraktivt å ansette en eldre søker.³⁰³ Siden det er et vilkår etter denne regelen at arbeidstaker har jobbet i ti år i en bedrift kan man vel argumentere mot at denne regelen vil ha stor betydning i ansettelsesfasen. Det fremgår likevel av bestemmelsens sjette

³⁰¹ www.arbeidstilsynet.no, http://www.nhomatogbio.no/getfile.php/Tariff-Arbeidsrett/Sporsmal%20og%20svar/Rett_til_redusert_arbeidstid_for_arbeidstakere_som_har_fylt_62_%C3%A5r__26_11_2011%20_2_.pdf, Ot.prp. nr. 49, (2004-2005), side 316. (08.04.11)

³⁰² Regelen er blant annet kommentert av Runar Hombler, "Arbeidsmiljø", nummer 7/2007. Artikkelen er tilgjengelig på <http://www.hombler-olsby.no/no/artikler/artikler/73254586/na-gar-de-gamle-hjem;-i-hvert-fall-delvis>.(08.04.11)

ledd at det ved beregning av ansettelsestid skal medregnes all arbeidstid innenfor samme konsern, under ledelser med felles eierinteresser mv.

9.4 Ferie.

Eldre arbeidstakere har etter ferieloven § 5-2(2) krav på en uke ekstra ferie hvert år.

Dette vil medføre økte sosiale utgifter for arbeidsgiver.

Som vi ser kan det for arbeidsgiver kanskje virke mindre fristende å ansette en eldre arbeidssøker på bakgrunn av de lovfastsatte fordeler de eldre har krav på. Det må også tas med i beregningen at det med eldre arbeidstakere gjerne følger høyere lønnskostnader. Ansiennitet og erfaring koster uten at de eldre nødvendigvis vil være mer produktive enn yngre arbeidstakere. Det er også en fare for at pensjonsreformen, og de muligheter den gir til opparbeiding av pensjonspoeng, kan virke mot noen av de eldres muligheter for ansettelse. Et eksempel på det er at Institutt for samfunnsforskning (ISF) nødig ansetter noen fra UoH-sektoren over 55 år. Årsaken er høye pensjonskostnader.³⁰⁴

³⁰⁴[http://www.nettavisen.no/nyheter/article3244554.ece\(10.10.11\)](http://www.nettavisen.no/nyheter/article3244554.ece(10.10.11))

10 Klagebasert vern.

Etter arbeidsmiljøloven har eldre arbeidssøkere et klagebasert vern.³⁰⁵

Arbeidssøkeren må selv klage dersom han mener han har blitt utsatt for diskriminering i ansettelsesprosessen. Som tidligere nevnt under punktet om prosessrettslige spørsmål og bevisbyrde medfører det at den diskriminerte må overvinne personlige barrierer. Terskelen er høy for å anklage en potensiell arbeidsgiver for diskriminering, levere formell klage til retten eller ombud, og forfølge en sak til doms/ avgjørelse. Man har som arbeidssøker lite å vinne på en slik sak. Det oppfattes som lite gunstig i en jobbsøking-prosess å skape fiender av potensielle arbeidsgivere.³⁰⁶ Nettopp fordi det er så få saker om ansettelsesfasen som har blitt avgjort av domstolene, er sjansen større for at arbeidssøkere som faktisk går til søksmål vil få uønsket negativ oppmerksomhet.

Dersom man skulle vinne frem med saken sin vil det heller ikke føre til at man får krav på å bli innsatt i stillingen. Det er også en sjanse for at retten vil være nøktern i sin erstatning og oppreisnings- utbetaling. Dette selv om oppreisningen har til formål å ha en avskrekkende virkning.³⁰⁷ Den diskriminerte arbeidssøkeren vil gjerne ha fått og begynt i en annen jobb innen saken hans kommer opp for retten, slik at hans økonomiske tap ikke nødvendigvis vil være så stort.

Gjennom klagebasert lovgivning forhindrer man først og fremst de åpenlyse formene for diskriminering, mens den skjulte indirekte diskrimineringen ikke blir

³⁰⁵ Av aml §§ 13-7 til 13-9 går det frem at arbeidssøker må opptre aktivt dersom han har blitt diskriminert.

³⁰⁶ Ringstad Pettersen, 2008, side 47-52. Noen av argumentene er nevnt i avhandlingen til Vegard Ringstad Pettersen “ En vurdering av diskrimineringsvernets effektivitet, side 47-52.

<http://www.ub.uit.no/munin/bitstream/handle/10037/1516/thesis.pdf?sequence=1> (08.04.11)

³⁰⁷ § 13-9 i arbeidsmiljøloven fra 2005 er ifølge forarbeidene en videreføring av aml § 54J fra 1977. Det følger av Ot.prp nr. 104 (2002-2003) pkt.8.10 at oppreisningen skal ha en avskrekkende virkning.

fanget opp.³⁰⁸ Arbeidsgiveren vil ikke reagere før han har fått en klage. All diskriminering som ikke fører til en formell klage vil som regel ikke få følger. Det klagebaserte vernet er kanskje et særlig problem i ansettelsesfasen av arbeidslivet. Ettersom arbeidsgivers saksbehandling og vurderinger i stor grad er uoversiktlige for omverdenen, er det grunn til å tro at en stor del av diskrimineringstilfellene aldri vil bli fanget opp av det klagebaserte systemet.

Et eksempel på slik skjult diskriminering kan være at enkelte bedrifter kjører søkerne gjennom en slags elektronisk grovsortering i begynnelsen av ansettelsesprosessen, en såkalt GND, Gross Negative Disqualification-test, hvor søkerne krysser av i elektroniske skjemaer, med gitte svaralternativer. Hodejeger og psykolog Espen Skorstad har uttalt seg om slike elektroniske skjemaer:

*“...Og her kan alder spille inn, i den grad det settes inn som en diskriminerende seleksjonsfaktor. En annen felle for eldre søkere, er at elektroniske skjemaer ikke alltid fanger opp eldre utdanninger. Eldre søkere vil da ofte ikke ha andre avkrysningsvalg enn ”annet”, fordi graden de en gang tok ikke finnes i skjemaene.”*³⁰⁹

Et slikt skjema med skjult utvelgelse er et eksempel på at det kan være vanskelig å gjennomskue diskriminerende handlinger i ansettelsesfasen. Den eldre arbeidssøkeren får ikke alltid en klar oppfordring til å reagere og den diskriminerende handlingen blir derfor ikke fanget opp av det klagebaserte vernet loven oppstiller.

Etter arbeidsmiljøloven § 13-7 kan en arbeidssøker som føler seg forbigått kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og øvrige kvalifikasjoner den som ble ansatt har. De færreste arbeidssøkere vil ta i bruk denne retten. Kanskje burde man i større grad pålegge arbeidsgiver å

³⁰⁸ Dette er også diskutert av Craig, 2005, side 175 flg.

³⁰⁹ Uttalelse i intervju av hodejegeren og psykolog Espen Skorstad på seniorpolitikk.no. <http://www.seniorpolitikk.no/nyhet/arbeidsliv/rekruttering/si-ja-til-tester>. (26.03.2011)

opplyse arbeidssøkerne om hvorfor de fikk avslag på søknaden sin og hvorfor de ikke ble kalt inn på intervju. Da ville arbeidsgiver fått en klarere oppfordring til å tenke gjennom motivene sine.

Slik lovgivningen er nå må de eldre arbeidssøkende med andre ord ha nok innsikt i systemet til å skjønne at de har blitt diskriminert. Da er det interessant at det går frem av seniorpolitisk barometer fra 2010 at bare 22 % av de spurte oppgav at de kjente godt til forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven.³¹⁰ Bare 4 % oppgav å kjenne meget godt til forbudet. Likevel viser undersøkelsen at de eldre har noe mer kjennskap til loven enn de yngre.

³¹⁰ [www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-20:\(08.04.11\)](http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Y-20:(08.04.11))

11 Aktivitetsplikt og veien videre.

Gjennom denne avhandlingen har jeg forsøkt å vise at ansettelsesdiskriminering er et reelt problem i arbeidslivet, og at det klagebaserte vernet arbeidsmiljøloven oppstiller ikke er tilstrekkelig til å bekjempe de uheldige holdningene som råder.

Klagebaserte ordninger vil i liten grad kunne forandre organisasjonspraksis og kultur.³¹¹ Dersom den diskriminerte arbeidssøkeren klarer å bevise et lovbrudd vil det som regel føre til at han får oppreisning/ erstatning, men derav følger ikke at den uheldige praksisen på arbeidsplassen endrer seg.

I avhandlingen "Systemic discrimination in employment and the promotion of ethnic equality" uttaler forfatter Ronald Craig seg om proaktive regimer.³¹² I proaktive regimer retter man fokuset bort fra hvem som har gjort noe galt til heller å dreie seg om hvem som er i best posisjon til å forebygge diskriminering.³¹³ Det er lettere å forebygge diskriminering dersom bedriftene gjennom lovgivningen i større grad har plikt til å drive forebyggende tiltak. Ved å spille på bedriftenes gode vilje kan man unngå at bedriften kommer i forsvarsposisjon.³¹⁴

Et eksempel på et proaktivt tiltak kan være at bedriftene blir forpliktet til å analysere sin egen virksomhet og identifisere barrierene mot eldre arbeidssøkende. En slik analyse krever gjennomgåelse av de andre ansatte, administrativ praksis og organisasjonskulturen i det hele.³¹⁵

³¹¹ Problemstillingene om diskriminering og aktivitetsplikt er tatt opp av Craig i avhandlingen hans bla. i kapittel 4.

³¹² Craig, 2005, kapittel 6,7,8.

³¹³ Craig, 2005, side 233.

³¹⁴ Craig, 2005, kapittel 4, punkt 4.5.4, kapittel 6, side 233.

³¹⁵ Et sammendrag av avhandlingen på side

[http://www.google.no/search?sourceid=navclient&hl=no&ie=UTF-8&rlz=1T4SMSN_noNO401NO401&q=IMDI+foredrag+craig\(18.04.11\)](http://www.google.no/search?sourceid=navclient&hl=no&ie=UTF-8&rlz=1T4SMSN_noNO401NO401&q=IMDI+foredrag+craig(18.04.11))

Arbeidsmiljøloven spesifiserer ikke hva som er påkrevd av arbeidsgiveren i ansettelsesfasen- bare at arbeidsgiver ikke skal diskriminere på bakgrunn av alder. Loven inneholder med andre ord ingen må- oppgaver for arbeidsgiveren. Dette gjør at det er vanskeligere å konstatere brudd på bestemmelsene og er med på å gjøre diskrimineringsforbudet i ansettelsesfasen mer symbolsk enn effektivt.

Lovgivningen kunne også med fordel i større grad regulert hele ansettelsesprosessen. For eksempel kunne det vært aktuelt med en anonymisert søknadsprosess der eksamensår ikke skal oppgis. Det er ikke lov for arbeidsgiver å spørre en arbeidssøker om hun er gravid, det samme burde gjelde for alder.³¹⁶ Det bør også forhindres at alder brukes som skjult utvelgelseskriterium gjennom opplysninger om fødselsdato og personnummer. Det vil selvsagt være vanskelig å kunne beskytte arbeidssøkere mot diskriminering fullt ut, men det er viktig at arbeidssøkere med en mindre attraktiv alder gjennom lovgivningen gis en størst mulig sjanse til å bli innkalt til intervju og få presentert seg.

Et eksempel på en mindre inngripende metode for å ivareta sikkerhetsmessige krav ved ansettelser er fysiske tester. Ettersom inaktivitet, overvekt og livsstilssykdommer har blitt et stadig større samfunnsproblem, er det liten tvil om at arbeidsgiver vil få et riktigere inntrykk av en kandidat dersom det i ansettelsesprosessen legges opp til en fysisk test istedenfor ensidig fokusering på alder.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har uttalt seg om ulike måter å foreta funksjonsvurderinger på.³¹⁷ Jeg skal ikke komme inn på eksemplene her, men det går frem at det er flere gode måter å vurdere funksjonaliteten på som ikke nødvendigvis vil innebære store kostnader eller være integritetskrenkende for arbeidssøkeren. En av legers oppgaver i dag er å vurdere uføres arbeidsevne i

³¹⁶ Aml § 13-4, jf. Likestillingsloven § 4(3), RG-1986-409.

³¹⁷ NOU 2000:27, punkt 10.3. Uttalelser i forbindelse med funksjonsvurdering av sykemeldte og uføre.

sammenheng med utbetaling av trygd. Å vurdere funksjonsevnen til en arbeidssøker vil ikke være nevneverdig mer utfordrende.

Diskrimineringsombudet bør i større grad komme på banen og kontrollere bedriftene. Bedrifter som viser initiativ bør bli belønnet. Et eksempel på hvordan en slik belønning kan foregå ser man ved inkluderende arbeidsliv- avtalen der tilknyttede bedrifter oppnår visse fordeler. Tiltak av denne typen vil selvsagt innebære kostnader, men dersom det skal bli lettere å være eldre arbeidssøkende er det slike tiltak som kan være med på å forandre samfunnsoppfatningene av de eldre.³¹⁸ Det er neppe tvil om at forbudet mot diskriminering i ansettelsesfasen ikke i seg selv er nok for å oppnå faktisk likestilling for eldre arbeidssøkende, dersom forbudet ikke følges opp i praksis. Det er heller ingen tvil om at det er flere ulike tiltak i sammenheng som vil ha best effekt.

Ifølge statistisk sentralbyrå vil det være 120 000 færre arbeidstakere i 2030 enn i dag, blant annet som en følge av endringer i alderssammensetningen i befolkningen.³¹⁹ Siden antallet eldre øker vil kanskje arbeidsgiverne i større grad se fordeler ved å ansette eldre. Eksempelvis vil det etter hvert vokse frem et eldre og kjøpekraftig publikum.³²⁰ For å skape tillit overfor denne gruppen kan arbeidsgiverne være tjent med å ansette arbeidstakere som matcher kundekretens alder.³²¹ Sosial ekspertise og erfaring er kanskje vanskelig å måle økonomisk, men må likevel inngå i produksjonsregnestykket.³²² Eldre arbeidssøkere kan også bli en stabiliserende og lojal gruppe på arbeidsplassen, som bærere av viktige fremtidige kunderelasjoner og nettverk etter et langt liv i arbeidslivet.³²³ Arbeidsgiver vil ved å ansette eldre og erfarne arbeidstakere

³¹⁸ Kommentert av Craig i forhold til etnisk diskriminering:

[http://www.aftenposten.no/meninger/article1310022.ece\(08.04.11\)](http://www.aftenposten.no/meninger/article1310022.ece(08.04.11))

³¹⁹ [http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html\(08.04.11\)](http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html(08.04.11))

³²⁰ [http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html\(08.04.11\)](http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html(08.04.11))

³²¹ [http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html\(08.04.11\)](http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html(08.04.11))

³²² [http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html\(08.04.11\)](http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html(08.04.11))

³²³ [http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html\(08.04.11\)](http://www.vinnvinn.org/hvorfor-er-seniorpolitikk-viktig.4789873-158547.html(08.04.11))

også slippe noen av utgiftene forbundet ved å stadig ansette og lære opp nye, unge medarbeidere som kanskje bare blir i firmaet et par år.

12 Litteraturliste

12.1 Litteratur.

- Cook og Cusack, 2009 Rebecca J. Cook og Simone Cusack.
Gender stereotyping: Transnational Legal perspectives (Pennsylvania studies
in Human Rights) 1 utg. Pennsylvania, 2009.
- Craig, 2005 Ronald Craig, "Systemic Discrimination in Employment and
the Promotion of Ethnic Equality"(doktoravhandling), Oslo, 2005.
- Drefvelin og Lindgjærde, 2011 Caroline Drefvelin, Elizabeth Lindgjærde,
artikkel i Dagens Næringsliv, 2011,
[http://www.dn.no/dnaktiv/article2094588.ece\(08.04.11\)](http://www.dn.no/dnaktiv/article2094588.ece(08.04.11))
- Eidsvaag, 2009 Tine Eidsvaag, Handlaus gjæte- avhandling om vern mot
utstøting av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse,
Bergen, 2009.
- Eckhoff, 2007 Thorstein Eckhoff, Rettskildelære, 5 utgave, Oslo,
Universitetsforlaget, 2007.
- Evju, 2006 Stein Evju, "Aldersdiskriminering, likebehandling og
pensjonsalder", artikkel publisert i 2006 i tidsskriftet "Arbeidsrett", vol 3,
nr.3,side 131-161.
- Evju, 2010 Stein Evju, artikkel publisert i tidsskriftet "Nytt i privatretten",
nr.3/2010 side 3.

Gisle(m.fl.), 2003 Jon Gisle(m.fl.), Juridisk leksikon, 2 utgave, Kunnskapsforlaget, 2003.

Hamre, 2004 Inger Hamre, Helge Stemshaug(red) . EU- og EØS-relevante tekster, 4 utgave, Oslo, Universitetsforlaget,2004.

Hack, 2010 Melanie Regine Hack, artikkel i tidsskriftet “ Nytt i privatretten”, nr.1/2010 side 7, Nr.2/2010 side 2.

Hellum og Ketscher, 2008 Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red), Diskriminering og Likestillingsrett, Universitetsforlaget, 2008.

Høstmælingen, 2004 Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, 2 opplag Universitetsforlaget, 2004.

Jakhelln, 2006 Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4 utgave, Oslo, NKS- Forlaget,2006.

O` Cinneide, 2005 Colm O`Cinneide, Thematic report on agediscrimination and European law. Thematic report by the European network, 2005.

Ruud,2004 Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 2 utgave, Universitetsforlaget, 2004.

Ringstad, 2008 Vedgard Ringstad, “ En vurdering av diskrimineringsvernets effektivitet”, side 47-52, 2008.
[http://www.ub.uit.no/munin/bitstream/handle/10037/1516/thesis.pdf?sequence=1\(08.04.11\)](http://www.ub.uit.no/munin/bitstream/handle/10037/1516/thesis.pdf?sequence=1(08.04.11))

Sejersted(m.fl.), 2004 Fredrik Sejersted (m.fl.), EØS-rett, 2 utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2004.

Strand, 2007 Vibeke Blaker Strand, "Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett et ensartet vern?", artikkel publisert i tidsskriftet " Lov og rett", 2007, nr.03, side 132 flg. Idunn.no/Lov og rett/2007/nr. 03.

12.2 Lover.

Grunnloven- Lov av 17 mai. 1814.

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl. (Aldersgrenseloven)- Lov nr. 1, 1956.

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) - Lov nr.56,1967.

Lov om aldersgrenser for yrkesbefal i forsvaret- Lov av nr.36,1973.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (Arbeidsmiljøloven) - Lov nr.4,1977.(Opphevet versjon)

Lov om statens tjenestemenn m.m. (Tjenestemannsloven)- Lov nr.3,1983.

Lov om ferie. (Ferielloven) - Lov nr. 21,1988.

Lov om lostjenesten m.v. (Losloven)- Lov nr.59,1989.

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)- Lov nr. 109, 1992.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. (Menneskerettsloven)- Lov nr. 30, 1999.

Lov om Likestillings og diskrimineringsombudet og Likestillings og diskrimineringsnemnda- Lov nr. 40, 2005.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (Arbeidsmiljøloven) - Lov nr.62, 2005.

12.3 Forarbeider.

Ot.prp. nr.77(2000-2001)- Om lov om endringer i likestillingsloven mv.

Ot.prp.nr 104(2002-2003)- Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr.104(2002-2003)- Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr.104(2002-2003)- Om lov om endringer i lov 4.feb.1977 nr.4 om arbeidsvern og miljø.

Innst.O.nr 52(2003-2004)- Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)- Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 33(2004-2005)- Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr.35 (2004-2005)- Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)

Ot.prp. nr. 85(2005-2006)- Om lov om endringer i sjømannslov 30 mai 1975.

Ot.prp. nr. 44(2007-2008)- Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Ot.prp. nr. 37(2008-2009)- Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon).

Ot.prp. nr. 54(2008-2009)- Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

NOU 1993: 18- Om lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 2000:27- Sykefravær og uførepensjonering, Et inkluderende arbeidsliv.

NOU 2003:2- Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet.

NOU 2004:5- Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

NOU 2005:8- Likeverd og tilgjengelighet

Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.

Stortingsmelding nr.6. 2006-2007- Stortingsmelding om seniorpolitikk.

NOU 2009:14- Et helhetlig diskrimineringsvern.

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

12.4 Domstolsavgjørelser.

Rt.2000-602

Rt.2001-418

Rt.2010-202

Rt.2011-910-A

Rt.2011-1291

LB-09-165616

LB-2010-99479

TSTAV-2005-75777

10-074918TVI-NOMO

12.4.1 Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Sak LDN-2006-10.

Sak LDN-2007-3.

Sak LDN-2007-6.

12.4.2 Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Sak 07/33- Uttalelse avsagt 29/5-2007.

Sak 08/1280- Uttalelse avsagt 2008.

Sak 07/ 1539- Uttalelse avsagt 3/1-2008.

Sak 09/1583- Uttalelse avsagt 8/3-2010.

Sak 10/1242- Uttalelse avsagt 20/7-2010.

12.5 EU-domstolen.

Sak C-144/04: Werner Mangold mot Rudiger Helm.

Sak C-411/05: Felix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA.

Sak C-388/07: Age Concern.

Sak C-555/07: Seda Küküdeveci mot Swedex GmbH & Co.

Sak C-229/08: Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main.

Sak C-341/08: Domnica Petersen. v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.

Sak C-88/08: David Hütter mot Technische Universität Graz.

Sak C-499/08: Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen v Region.

Sak C-45/09: Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges.

Sak C-250/09, C-268/09: Vasil Ivanov Georgiev mot Tehniceski Universitet-Sofia filial Plodiv.

Sak C-447/09: Deutsche Lufthansa AG – Prigge mf.

Sak C-476/99, EFD 2002 I-2891: Lommers-saken.

12.6 EMD-domstolen.

Sak 9106/08 Boumar mot Belgia.

12.7 Internasjonale konvensjoner og direktiver.

Konvensjonen om Sivile og politiske rettigheter(SP)

Konvensjonen om økonomiske, sosiale og politiske rettigheter(ØSK)

Den europeiske menneskerettskonvensjon(EMK)

Direktiv 2000/78/EF

Direktiv 2000/43/EC

12.8 Nettsteder.

hombre-olsby.no

vinnvinn.org

regjeringen.no

Eur-lex.eu

Oslokommune.no

europaveien.no

rettsdata.no

arbeidsrett.no

lovdata.no

aftenposten.no

dagensnæringsliv.no

statistisksentralbyrå.no

arbeidstilsynet.no

seniorpolitikk.no

12.9 Rapporter.

Statistisk rapport Helle og Dalen, 2002, henvist til fra NOU 2003:2, punkt 6.3.
<http://ssp.meatdigital.no/nyhet/forskning/forskning/hvor-utbredt-er-aldersdiskriminering.>(20.03.2011)

Statistisk rapport. Holdning til eldre arbeidssøkere i ansettelsesprosessen, kvalitativ undersøkelse gjennomført for senter for seniorpolitikk. Rapport fra

MMI v/Rita Helen Aarvold, 2006, Aarvold, Rita Helen, 2006,
<http://www.seniorpolitikk.no/var/uploaded/SSP-dokumenter/Holdninger%20til%20eldre%20arbeidss%C3%B8kere%20i%20ansettelsesprosessen,%20MMI%202006.pdf>(07.04.11)

Roma Rights 2, 2009: Multiple Discrimination
27th, April, 2010,
Multiple Discrimination Between the EU Agenda and Civic Engagement: the
Long Road of Intersectional Perspective
Barbara Giovanna Bello http://www.errc.org/en-research-and-advocacy-roma-details.php?page=2&article_id=3564(13.04.11)

